İSLÂM FIKHI ANSİKLOPEDİSİ

Prof. Dr. Vehbe Zuhaylî

7

بسم الله الرحمن الرحیم

الفقه الإسلامي وأدلته

الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية
وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها

وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية

« من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين »

تأليف

الدكتور وهبة الزحيلي

الطبعة الثالثة ١٤٠٩ هـ = ١٩٨٩ م
ط ١ ١٤٠٤ هـ = ١٩٨٤ م

İSLÂM FIKHI ANSİKLOPEDİSİ

Prof. Dr.
Vehbe Zuhaylî

7

İSLAM FIKHI ANSİKLOPEDİSİ

İlmi Müşavir
M. Emin SARAÇ

Genel Yayın Yönetmeni
Y. Doç. Dr. Mehmet Ali Yekta SARAÇ

Redaktör
Hamdi ARSLAN

Mütercimler
Dr. Ahmet EFE • Beşir ERYARSOY
H. Fehmi ULUS • Abdürrahim URAL
Doç. Dr. Yunus Vehbi YAVUZ • Nurettin YILDIZ

İmlâ ve Metin Tashihi
Dr. Musa DUMAN • Dr. Hayati DEVELİ

Kapak
Hamid YÜKSEK

Dizgi
Risale Yayınevi

Baskı
GRAPHISCHER GROSSBETRIEB PÖSSNECK
GMBH EIN MOHNDRUCK BETRIEB

1994

MÜLKİYET

İslam Fıkhı Ansiklopedisi'nin yedinci cildi 318. sayfaya kadar Beşir Eryarsoy, geri kalan kısmı Hamdi Arslan tarafından tercüme edilmiştir.

GİRİŞ

Mülkiyet, geçmişte de gelecekte de ekonomik düzenin kendisi üzerinde yükseldiği en önemli esaslardan olup, günümüzde uygulanmakta olan çağdaş iki dünya düzeni, kapitalizm ve komünizm arasındaki anlaşmazlıkların eksenidir. Bu bakımdan mülkiyet ve onunla ilgili diğer hususlar dünyayı uğraştıran önemli meselelerdendir.

Bu konu üzerinde araştırma yapan bir kimse, mevcut düzenlerin kabul ettiği yüksek hedefler ile İslâm düzeni arasında mülkiyetin düzenlenmesi konusunda birçok benzerliklerin ve ortak yaklaşımların olduğunu görecektir. Söz konusu bu yaklaşma noktaları ferdin ve toplumun ya da halkın ve devletin maslahatını gerçekleştirecek noktalarda görülebilir. İslâm'ın getirmiş olduğu mülk edinme ilkesi ve bu ilkeyi korumak ve teminat altına almak suretiyle mülkiyet problemi ve ilgili asıl mücadelenin düğümü çözülmüş olmaktadır. Şu kadar var ki İslâm, toplumun maslahatını gerçekleştirmek için bu mülk edinme ilkesine oldukça sıkı ve birçok kayıtlar getirmiş, ayrıca genel her türlü maslahatı koruyan ve kamu maslahatlarını desteklemekte pay sahibi olmaya iten güçlü, güvenilir, etken ve koruyucu olan din duygusu ile gereken şekilde koruma altına almayı ihmal etmemiştir.

Hukuki bakış açılarının farklılığı görülmekle birlikte, bu konuyu araştıran bir kimse şunu da görecektir: Petrol ve maden gibi kamu malları devlet idaresinde ifadesini bulan toplumun hakkıdır. Aynı şekilde birçok fıkhi hüküm şu anda beşeri, pozitif çağdaş yasamalarca da fiilen alınmış ve kabul edilmiştir. Fiilen alınan bu hükümleri akidler ile ilgili alanlarda, mallara saldırı halinde, zarar ve karşılığı arasında adalet ve eşitlik ilkesine göre telef edilenlerin tazminatının ödenmesi, mülkiyet hakkının gözetilmesi, can, mal ve ırz gibi kutsal hakların savunulması gibi konularda görülebilir. İşte bütün bunlar, İslâmî yapının ve nizamın yüceliğinin, uygulama-

daki adaletinin bir delilidir. Zaten yolun doğrusunu izleme başarısını veren Allah'tır.

Diğer taraftan fıkhî nazariyelerde mülkiyet konusunun tarifi, sebepleri ve türleri geçmiş bulunmakla birlikte burada daha kapsamlı bir şekilde tekrar ele almakta bir mahzur yoktur. Bununla birlikte mülkiyetin tabiatı veya İslâm'da ferdî mülkiyetin mutlak mı, yoksa kayıtlı mı olduğu hususunun araştırılması ile birlikte ele alınmasında da bir sakınca görmüyoruz. Bundan sonra ise mülkiyet ile alâkalı diğer hususları ele alacağız ki, bunlar aşağıda belirttiğimiz şekilde on iki bölümde ele alınacaktır.

MÜLKİYET ve ÖZELLİKLERİ

1. Mülkiyetin ve Mülkün Tarifi

Mülkiyet veya mülk, Şeriatın kabul etmiş olduğu [1] bir insan ve meta ilişkisi olup bu ilişki sebebiyle mal o insana ait özel bir varlık olur ve insan kendisini tasarruftan alıkoyan bir engel olmadığı sürece onda her türlü tasarrufta bulunur.

Mülk, bu ilişki hakkında kullanıldığı gibi, mülk edinilen mal hakkında da kullanılır. O bakımdan: "Bu şey benim mülkümdür" derken, bana aittir denilmek istenmektedir. İşte *Mecelle*'nin 125'nci maddesinde mülkün tarifinde kastedilen mana budur: Mülk insanın malik olduğu şeydir; bu şeyler ister ayn olsun, ister menfaat olsun durum aynıdır. Böylelikle Hanefîlerin sözlerinden, menfaat ve hakların bir mülk olduğu, mal olmadığı anlaşılmaktadır. Hanefîlere göre mülk, maldan daha genel bir ifadedir. Sözlükte mülk, insanın malı eline geçirmesi ve tek başına onda tasarruf etmesi demektir. Fakihler mülkü, muhtevası bir ve sözleri birbirine yakın ifadelerle tarif etmişlerdir. [2] Bu tariflerin en güzeli aşağıdaki tarif olabilir:

Mülk: Başkasını onu tasarruftan alıkoyacak şekilde bir şeyin özel olarak birisine ait olması ve Şer'î bir engel olmadıkça sahibinin onda tasarruf edebilmesi demektir.

Kişi meşru bir yolla her hangi bir mal elde edecek olursa, artık o mal özel olarak onundur. O malın özel olarak bu kimseye ait olması, ondan faydalanmak ve tasarruf etmek imkânını sahibine verir. Şu kadar var ki delilik, bunaklık, sefihlik veya küçüklük ve benzeri haller gibi bundan alıkoyan Şer'î bir engel varsa, bu faydalan-

1- Mülkiyet hakkı ve başka bütün haklar, ancak Şerîatın kabul etmesi ve bu hakları itiraf etmesi ile sabit olur. Çünkü Şerîat hakların kaynağını teşkil eder. Şerîatte hak, tabiî bir hak değildir, aksine ilahî bir bağıştır. Yaratıcı toplum maslahatına uygun olarak bu hakları bağışlamıştır.

2- *Fethu'l-Kadîr,* V, 74; el-Karâfî, *el-Furûk,* III, 208 vd.

ma ve tasarruf istisna edilir. Bu malın özel olarak bir kimseye ait olması, aynı zamanda başkasının yararlanmasına ve tasarruf etmesine de manidir. Bunun istisnası ise velâyet, vasilik veya vekâlet gibi bunu mübah kılan Şer'î bir gerekçenin bulunmasıdır.

Veli, vasi veya vekilin tasarrufu baştan beri bunların lehine sabit olmuş değildir. Onların tasarrufları başkası adına Şer'î vekâlet yoluyla olur. Asıl malikler, eksik ehliyetli deli, bunak veya onların benzeri olan kimselerdir. Şu kadar var ki ehliyetinin eksikliği veya yokluğu sebebiyle bu kimselerin tasarrufta bulunması men edilmiştir. Engelin veya ârızın yok olması halinde tasarruf hakkı tekrar esas sahibine döner.

2. Malın Mülk Olma veya Olmama Kabiliyeti

Aslında mal tabiatı itibariyle mülk edinilmeyi kabul eder. Şu kadar var ki ortaya çıkan bazı geçici sebepler, her halükârda veya bir kısım hâllerde onun mülk edinilmesini engelleyebilir. Buna göre mal, mülk edinilmeyi kabul etmesi bakımından üç türlüdür:

1- Mülk olarak vermeyi (temlîki) ve mülk edinmeyi hiçbir durumda kabul etmeyen: Bu, kamu menfaatine tahsis edilmiş olan umumi yollar, köprüler, kaleler, demiryolları, nehirler, müzeler, genel kütüphaneler, genel bahçeler ve benzerleridir. Bu gibi şeyler mülk edinilmeyi kabul etmezler. Çünkü bunlar kamu yararına tahsis edilmişlerdir. Onlardan bu nitelik kaybolduğu takdirde asıl durumlarına dönerler ki bu da mülk edinilmeyi kabul etmektir. Meselâ, yola ihtiyaç kalmayıp kullanılmaz olduğu takdirde mülk edinilmesi caiz olur.

2- Şer'î bir gerekçe olmadıkça mülk edinilmesi mümkün olmayan: Vakfedilmiş mallar, beytülmalin mülkleri yani hukukçuların örfünde *serbest mallar* 'dır. Vakfedilmiş olan mal satılmaz, hibe de edilmez. Ancak yıkılır veya masrafları gelirinden fazla olursa, mahkemenin onu değiştirmek için izin vermesi caiz olur.(1)

Beytülmale (yahut maliye bakanlığına veya hükümete) ait mülklere gelince, zaruret yahut da tercih edilmesi gereken bir maslahata istinaden hükümetin ön görmesi hariç, satılmaları sahih değildir. Meselâ, bunların bedellerine ihtiyaç duymak yahut onun gerçek fiyatının bir kaç kat fazlası ile ve benzeri fiyatla alınmasının istenmesi gibi hususlar, maslahata bir örnektir. Çünkü devletin malları vasinin yanındaki yetimin malları gibidir. Bu mallarda ancak ihtiyaç veya maslahat ilkesine göre tasarruf eder. Halife Ömer (r.a.) şöyle demiştir: *"Benim Müslümanların Beytülma-*

1- Hanefîler, ihtiyaç ve maslahat sebebiyle vakıf arazinin değiştirilmesini caiz kabul etmiş ve şöyle demişlerdir: "Adaletli bir hakimin vakfın değiştirilmesine izin vermesi caizdir. Ancak vakfın tümüyle faydalanmanın en az saviyeye düşmesi ve ortada vakfı imar edecek bir gelirin bulunmaması, satışın fahiş bir gabn ile yapılmaması, dirhem ve dinarlarla değil de, akarlarla değiştirilmesi şartı aranır. *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* III, 425.

line karşı durumum, yetimin vasisinin durumu gibidir."

3- Mülk edinilmesi ve mülk olarak verilmesi (temlîki) mutlak olarak caiz olan mallar. Bu da sözü geçen iki türün dışında kalan mallardır.

3. Mülkün Türleri

Mülk ya tam veya nakıs (eksik)tir.

Tam mülk: Malik için meşru mülkün haklarının sabit olduğu, hem bizzat kendisine (rekabesine), hem de menfaatine birlikte sahip olduğu mülktür.

Bunun en önemli özellikleri arasında şunlar sayılabilir: Böyle bir mülk mutlak ve sürekli bir mülktür. O şey mülk mahalli olarak var olduğu sürece belli bir zaman kaydı ile kayıtlanmaz. Ve ıskat edilmeyi kabul etmez. (Yani o şey maliksiz olmaz). Bir kişi başkasının mülkü altındaki bir ayn'ı gaspedecek olursa, kendisinden gaspedilen malik de: "Ben mülkiyetimi ıskat ettim" diyecek olsa dahi, bu mülkiyeti sakıt olmaz ve o şey, asıl sahibinin mülkü olarak kalmaya devam eder. Ancak böyle bir şeyin mülkiyetinin nakli mümkündür. Çünkü bu tür şeylerin maliksiz olması caiz değildir, düşünülemez. Mülkiyetin naklinin yolu, ya mülkiyeti nakleden satış gibi bir akid, ya miras veya vasiyettir.

Böyle bir mülk şekli, sahip olduğu şey üzerinde o kişiye tam yetkiler verir. O şeyi kullanmak, nemalandırmak ve malik olduğu şeyde dilediği gibi tasarruf etmek hürriyeti gibi. Böyle bir mülkü satabilir, hibe edebilir, vakfedebilir. Aynı şekilde ödünç olarak da kiraya verebilir. Çünkü böyle bir şeye hem ayn'ı itibariyle, hem menfaati itibariyle birlikte maliktir. Her ikisinde de veya sadece menfaatinde tasarruf edebilir.

Malik kişi, mülkiyeti altında bulunan bir şeyi telef edecek olursa üzerine tazminat düşmez. Çünkü aynı kişinin hem malik, hem de tazminat ödeyici olması düşünülemez. Fakat diyanetten sorumlu tutulur. Çünkü malın telef edilmesi haramdır. Kimi zaman mahkeme huzurunda da sorumlu tutulabilir. Meselâ, sefihliği sabit olduğu takdirde hacr altına alınır.

Nakıs (Eksik) Mülk: Bu ya sadece ayn'a veya sadece menfaate malik olmak demektir. Menfaat mülküne *intifa hakkı* adı da verilir. Menfaatin mülkü bazan intifa eden kişinin şahsî bir hakkı, yani mülk altındaki ayn'a tabi değil şahsına tabi bir hak olabilir. Meselâ, her hangi bir şeyin menfaati hayatı boyunca kendisine vasiyet edilmiş olan kişinin durumu böyledir. Bazan bu hak aynî de olabilir. Yani sürekli olarak ayn'a tabi bir hak olabilir, ondan faydalanan kişi nazar-ı itibara alınmaz. Böyle bir hakka da *irtifak hakkı* adı verilir bu ancak akarlarda söz konusudur.

4. Nâkıs (Eksik) Mülkün Türleri:

Buna göre nâkıs mülk üç türlüdür:

1- Sadece ayn'ın mülkü:

Ayn'ın (rakabe) bir kişinin mülkiyeti altında, menfaatlerinin de bir başka kişinin mülkiyetinde olması demektir. Meselâ bir kimse bir başkasına evinde oturmasını vasiyet ederse veya arazisini hayatı boyunca ya da meselâ üç yıl süreyle ekmeyi vasiyet ederse, böyle bir durum söz konusu olur. Eğer vasiyette bulunan kişi, lehine vasiyet edilenden önce vefat edecek olursa, evin mülkiyeti vasiyet edenin mirasçılarına miras yolu ile geçer. Ancak hayatı boyunca veya tahdit edilen süre boyunca menfaatin mülkiyeti, lehine vasiyet edilene ait olur. Söz konusu süre bittiği takdirde bu sefer menfaat de vasiyet yapanın mirasçılarının mülkü olur. Böylelikle bundan sonra onların mülkiyetleri tam bir mülkiyet hâline gelir.

Bu durumda ayn'ın maliki olan kişi, o ayn'dan istifade edemeyeceği gibi, ayn'ın menfaatinde veya ayn'ın kendisinde de tasarrufta bulunamaz. O ayn'dan faydalanacak kişiye menfaatindeki haklarını elde edebilmesi için ayn'ı teslim etmesi vâciptir. Teslim etmeyecek olursa bunun için mecbur edilir.

Böylece sadece ayn'ın mülkiyetinin sürekli olduğu ve her zaman için sonunda tam bir mülkiyete dönüştüğü anlaşılmış olmaktadır. Menfaatlerin mülkiyeti ise daimi değil geçicidir. Çünkü Hanefîlere göre menfaatlerin mülkiyeti miras olarak geçmez.

2- Şahsî menfaat mülkü veya intifa hakkı: [1]

Menfaatin mülk edinilmesinin beş sebebi vardır. Bunlar *iare (ariyet), icare, vakıf, vasiyet* ve *ibaha*'dır.

1- Hanefîlerin görüşüne göre menfaat mülkiyeti ile intifa arasında bir fark yoktur. Onlara göre her ikisi de aynı şeydir. Faydalanabilen kişi, bizzat kendisi faydalanabileceği gibi bu menfaati başkasına da verebilir. Ancak ayn'ın maliki tarafından açık engel bulunursa veya örf ve âdetin ön gördüğü bir engel söz konusu ise, bundan müstesnadır. Meselâ, yabancı öğrencilerin mesken olarak kullanması için evini vakfetmiş bulunan bir kimse düşünelim. Böyle bir vakıfta bir öğrencinin sadece sükna (mesken olarak ondan yararlanmak) hakkı vardır. Kamu alt yapısı ile -okullardan, üniversitelerden, hastane gibi yerlerden- faydalanmaya gelince; bunlardan yararlanmak, yararlanılan şeyin kaydı ile kayıtlıdır. Böyle bir yerin başkasına temlik edilme yetkisi yoktur.
Malikîler ise şöyle demektedir: Menfaatin mülkü ile intifa hakkı arasında bir fark vardır. Menfaatin mülk edinilmesi öyle bir özellik arz eder ki, bunun sahibi olan kişi bizzat ondan yararlanabilir; ivazlı veya ivazsız (karşılıklı veya karşılıksız) olarak başkasına mülk olarak da verebilir. *İntifa hakkı ise:* Yollar, nehirler, okullar, sağlık evleri ve buna benzer kamu faydasına olan şeylerden yararlanmak hakkında olduğu gibi, genel bir izne bağlı, fakat şahsi olarak yararlanmak için verilmiş bir ruhsattan ibarettir; veya kendisine izin veren bir kişinin mülkü olan bir maldan yararlanmak, evinde konaklamak, kitaplarını okumak gibi haklardır. Yararlanan kişinin başkasına menfaati mülk vermek imkanı yoktur. Çünkü menfaatin mülk edinilmesi, yararlanan kişinin bizzat yararlanması ile olur. Menfaatin mülk edinilmesi ise, daha genel ve daha kapsamlı olduğundan dolayı, kişinin bizzat kendisi bunu gerçekleştirir, bununla birlikte icâre gibi ivaz (bedel) karşılığı başkasının da ondan faydalanması mümkün olduğu gibi, iare gibi ivazsız olarak da faydalanılması mümkündür. el-Karâfî, *el-Furûk*, I, 187; *el-Fark*, 30.

İare: Hanefîlerin cumhuruna ve Malikîlere göre iare, ivazsız (karşılıksız) olarak menfaatin temlik edilmesidir. Müstair (ariyet alan)in bizzat kendisi ondan yararlanabileceği gibi, o şeyi başkasına ariyet olarak da verebilir. Ancak onu icareye (kiraya) veremez. Çünkü iare, lazım olmayan bir akittir. (Her ne vakitte olursa olsun ondan geri dönmek caizdir.) İcare ise lâzım bir akittir. Zayıf bir akde konu olan bir şey, daha kuvvetli olan bir akde konu olamaz. Ayrıca ariyet olarak alınan bir şeyin icareye verilmesi asıl malike bir zarardır.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre ariyet, ivazsız olarak menfaatin mübah kılınmasıdır. Dolayısıyla ariyet alan kimse, ariyet aldığı şeyi başkasına ariyet olarak veremez.

İcare (kira): Bu da ivaz (değer) karşılığında menfaatin temlîk edilmesidir. Müstemlik (kiralayan veya ücretle tutan) menfaati bizzat kendisi elde edebileceği gibi, bedelsiz olarak veya ivazlı olarak başkası vasıtasıyla da bu menfaati elde etmek yoluna gidebilir. Şu kadar var ki intifa eden kimselerin değişmesiyle menfaatte bir değişiklik olmaması şarttır. Hatta kiraya veren kiracıya bizzat kendisinin intifaını şart koşacak olsa dahi durum böyledir. Şayet menfaatin türünde bir değişiklik olacak ise, o takdirde kiraya veren malikin izni kaçınılmaz olur.

Vakıf: Bu, aynın her hangi bir insana temlik edilmesinden alıkonulması ve menfaatinin *mevkufun aleyh*'e (kendisi için vakıf yapılana) harcanması demektir. Vakıf, *mevkufun aleyh* olanın menfaate malik olmasını ifade eder. *Mevkufun aleyh* bu menfaati bizzat kendisi elde edebileceği gibi, eğer vakıf yapan ona yatırım yapmaya müsaade etmiş ise, başkası vasıtası ile de bunu elde edebilir. Şayet başkası vasıtasıyla kullanılmamak kaydı belirtilmiş veya örf buna mani ise başkası vasıtasıyla onun menfaatinden istifade etmek yoluna gidemez.

Menfaatin vasiyeti'ne gelince bu, sadece vasiyet edilen şeyde (müsâbih'de) menfaatin mülk edinilmesini ifade eder, bizzat kendisi veya bir başkası vasıtasıyla ivaz (bedel) mukabili ya da ivazsız (karşılıksız) olarak -eğer vasiyette bulunan kişi başkası vasıtası ile faydalanmasını caiz kılmış ise- bu menfaati elde edebilir.

İbaha: Bu da bir şeyin tüketilmesine veya kullanılmasına izin vermek demektir. Yemek yemeye veya meyve yemeye verilen izin gibi. Umumi menfaatler ile genel olarak faydalanmaya izin -yollardan geçmek bahçelerde oturmak, okullara ve hastahanelere girmek gibi izinler- ile arabasına binmek veya evinde sakin olmak gibi muayyen kişinin mülkü olan bir şeyi kullanmaya dair özel izin de böyledir.

Verilen bu ibahanın, bir şeyin intifa mülkiyetini -Hanefîlerin görüşüne göre- fiilen veya onun elde tutulmasıyla veya -Malikîlerin öngördüğü gibi- sadece şahsî intifa yolu ile olması arasında fark yoktur; çünkü fakihler bunlardan faydalanan kimsenin kendisi için mübah kılınan şeyde başkasına bu konuda vekâlet vermek yetkisi olmadığını söylerler. Bunu ariyet şeklinde vererek de, başkasına mübah kı-

larak da yapamaz.

İbaha ile Mülk Arasındaki Fark:

Mülk sahibine, mülk edinilen şeyde her hangi bir mani bulunmadığı sürece tasarruf hakkını verir. İbaha ise, izin gereği bir insanın bizzat kendisinin bir şeyden yararlanma hakkını ifade eder. Bu izin bazan malikin kendisi tarafından verilir -arabasına binmek gibi- bazan da Şeriat tarafından verilir; yol, nehir, mera ve buna benzer kamu merafıkından (altyapılarından) faydalanmak gibi.

Buna göre bir kimse kendisine mübah kılınmış bir şeyin rakabesine de, menfaatine de malik olamaz. Mülkiyet altında olan şeyin tam aksinedir.

Menfaat Hakkının veya Şahsî İntifanın Özellikleri:

Nakıs mülk veya şahsî menfaat hakkının ayırıcı bir takım özellikleri vardır. Bunların en önemlilerini aşağıya kaydediyoruz:

1- Nakıs mülkiyet, ortaya konulduğu zaman, mekân ve nitelik ile kayıtlanması kabildir. Bu konuda tam mülkiyetin aksinedir. Buna göre arabasını başkasına ariyet olarak veren bir kimsenin veya evinin menfaatini vasiyet eden bir kimsenin faydalanacak kimseye, meselâ bir ay gibi muayyen bir süre ve sahrada değil de şehir içinde binmek gibi muayyen bir mekân, başkası değil de bizzat kendisi binmek gibi bir nitelik ile kayıtlamak imkânına sahiptir.

2- Fakihlerin cumhuruna muhalif olarak Hanefîlere göre mirasın kabul edilmemesi: Hanefîlere göre menfaat miras olmaz. Çünkü miras ölüm esnasında fiilen var olan mal hakkında söz konusudur. Menfaatler ise -daha önceden de açıklamış olduğumuz gibi- Hanefîlerce mal olarak kabul edilmemektedir.

Hanefîlerin dışında kalanlara göre menfaatler geri kalan müddet boyunca miras alınırlar. Çünkü onlara göre menfaatler -önceden de açıkladığımız gibi- maldır. Dolayısıyla bunlar da diğer mallar gibi miras alınırlar. Mesela bir kimse başka kimsenin lehine belli süre evinde oturmasını vasiyet etse, sonra da bu müddet sona ermeden vefat etmiş olsa, onun mirasçılarının sürenin sonuna kadar evde oturma hakları vardır.

3- Menfaat hakkına sahip olan kimse, kendisinden yararlanılan aynı -malikine baskı yapılarak dahi olsa- teslim alabilir. Onu teslim aldığı takdirde bu ayn, onun elinde emanet olur. Kendi özel mülkünü nasıl koruyor ise onu da öylece korur. Telef olur veya bir kusur isabet edecek olursa, onu korumakta kusurlu davranmak veya haddini aşmak söz konusu olmadıkça tazminat ödemez.

4- Menfaatten yararlanan kişiye, eğer iarede olduğu gibi onun intifası bedelsiz ise ayn'ın gerektirdiği masrafları yapmak düşer. Eğer bu faydalanması kirada olduğu gibi ivaz karşılığı ise onun masrafları ayn'ın asıl malikine aittir.

5- İntifa hakkına sahip olan kişi menfaatini tamamladıktan sonra o ayn'ı, istemesi halinde sahibine teslim etmekle görevlidir. Ancak intifa hakkına sahip kimse bundan zarar görüyor ise, müstesnadır. Mesela ücretle kiralanmış veya alınmış bir arazide, ekinlerin hasat vakti gelmemiş ise hasat vaktine kadar ecr-i misil ödemek şartıyla o araziyi elinde tutabilir.

İntifa Hakkının Sona Ermesi:

İntifa hakkı, görmüş olduğumuz gibi muvakkat bir haktır. Aşağıdaki durumlardan birisi ile sona erer:

1- Tayin edilmiş intifa müddetinin sona ermesi,

2- Yararlanılan ayn'ın telef olması veya menfaatin sağlanmasına imkân vermeyecek şekilde bir kusurun arız olması, mesken olarak kullanılan evin yıkılması, ya da ziraat maksadı ile kullanılacak toprağın kıraç veya tuzlu bir arazi haline dönüşmesi gibi. Eğer bu durum, ayn'ın malikinin bir ihmali veya kastı sebebiyle meydana gelmiş ise, bir başka ayn'ı sağlayarak tazminatını öder. Mesela, birisine bir arabaya binmesi için vasiyette bulunmuş bir kimse vasiyetinden sonra bu arabayı çalışmaz hale getirecek olursa, o kişiye bir başka araba takdim etmekle yükümlüdür.

3- Hanefîlere göre intifa hakkına sahip olanın vefat etmesi. Çünkü onlara göre menfaatler miras olmaz.

4- Şayet menfaat iare veya icare yoluyla ise, ayn'ın malikinin vefat etmesi. Çünkü ariyet (ödünç) vermek bir teberru akdidir. Teberru ise teberruda bulunanın vefatıyla sona erer. Diğer taraftan kiralananın mülkiyeti, kiralayan kimsenin de mirasçılarına intikal eder. Bu, Hanefîlere göre böyledir. Şafiîlerle Hanbelîler ise şöyle demektedir: İare lâzım olmayan bir akidtir. Dolayısıyla iare edenin veya mirasçılarının ondan rücû etmeleri caizdir. İarenin mutlak olması ile muvakkat olması arasında bir fark yoktur. Malikîler ise şöyle demektedir: Muvakkat iare lâzım bir akittir. Bir kimse bir bineği şu yere kadar gitmek üzere ariyet olarak verecek olursa, bundan önce onu geri alması caiz değildir. Aksi takdirde iare olarak verilenin alışılagelen yararlanma miktarınca bırakılması lâzım olur.

Böylelikle cumhurun şunu söylemek istedikleri açıkça anlaşılmış olmaktadır: İare, muîrin (ariyet verenin) veya müstairin (ariyet alanın) vefatı ile sona ermez. Aynı şekilde icare de akdi yapanlardan birisinin ölümü ile sona ermez; çünkü bu da satış gibi lâzım bir akidtir.

Eğer menfaat vasiyet veya vakıf yolu ile geçmiş ise, vasiyette bulunanın vefatı ile menfaat hakkı sona ermez. Çünkü zaten vasiyet, onun ölümünden sonra başlamaktadır. Vakfedenin ölümü ile de sona ermez, çünkü vakıf ya müebbettir ya muvakkattır, muvakkat ise süresinin sona ermesi ile kayıtlıdır.

3- Aynî menfaatin veya irtifak hakkının mülkiyeti:

İrtifak hakkı, bir akar üzerinde bir başka akarın menfaatine tayin edilmiş olan bir hak olup, ikinci akar birinci akarın malikinden başkasının mülkiyeti altındadır. Böyle bir hak, daimi bir hak olup her iki akarın varlığı devam ettikçe bakidir. Bu konuda malik nazar-ı itibara alınmaz. Şirb hakkı, mecra hakkı, mesîl hakkı, mürur hakkı, civar hakkı ve uluvv hakkı gibi.

Şirb (sulama) *hakkı:* Ekinin, ağaçların sulanması için sudan hak edilen paydır veya araziyi sulamak üzere muayyen bir süre sudan yararlanma sırasıdır.

Şefeh (dudak) hakkı da bunun kapsamı içerisindedir. Bu ise insanın, canlı hayvanların ve ev için suyun kullanılma hakkıdır. Buna bu ismin verilmesinin sebebi, adet olarak suyun dudak vasıtasıyla içilmesidir.

Bu hak açısından su, dört türlüdür: [1]

a) Nil, Dicle, Fırat ve benzeri büyük nehirler türünden olan umumi nehir suları. Herkes bunlardan kendisi, hayvanları ve arazileri için istifa edebilir. Ancak başkasına zarar vermemek şartı vardır. Çünkü hadis-i şerifte şöyle buyurulmuştur: *"İnsanlar üç şeyde ortaktır: Su, ot ve ateş."* Diğer hadis ise: *"Zarar da yoktur, zarara zararla karşılık vermek de yoktur."*

b) Bir kişinin mülkü olan özel ark ve küçük çaylar: Her insanın gerek kendisi gerek hayvanları için bu gibi sularda şefeh hakkı vardır. O akar suyun malikinin izni olmadıkça malikinden başkası arazilerini sulayamaz.

c) Bir kişinin mülkü olan pınar, kuyu, havuz ve benzerlerinin suları: Şirb hakkı müstesna, bunlarda da ikinci türde olduğu gibi şefeh hakkı sabittir. Şayet suyun sahibi kabul etmeyip insanların kendileri ve hayvanları için buradan su çekmelerini engelleyecek olursa yakın bir başka su bulamıyor iseler ihtiyaçlarını karşılayıncaya kadar o kimse ile mücadele etmek hakları vardır.

d) Özel kaplarda ihraz edilmiş su: Mesela testilere ve sarnıçlara doldurulmuş sular gibi. Bu suyun sahibinin rızası ile olmadıkça her hangi bir şekilde hiçbir kimsenin bu sulardan faydalanmak hakkı yoktur. Çünkü Resulullah (a.s.), taşınılan kısmı müstesna suyun satılmasını yasaklamıştır. Ancak susuzluktan öleceğinden korkan ve bu suya zaruretten ihtiyaç duyan bir kimse, bu sudan ihtiyaç duyduğu miktarı alabilir. Ve bunu kendi nefsinin karşı karşıya kaldığı ölüm tehlikesini bertaraf etmek maksadıyla güç kullanarak dahi yapabilir. Şu kadar var ki kıymetini ödemesi de şarttır. Çünkü: "Zaruret içerisinde bulunmak, başkasının hakkını iptal etmez."

Mecra hakkı: Bu, suyun mecrasından uzak arazi sahibinin kendi arazisini su-

1- *el-Bedâyi,* VI, 188 vd.; *Tekmiletu Fethi'l-Kadir,* VIII, 144; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 339; *Nihâye tü'l-Muhtac,* IV, 255; *el-Muğnî,* V, 531.

lamak için suyu komşusunun mülkünden akıtabilmek hakkıdır. Komşusunun, suyun öbür araziye geçmesini engellemek hakkı yoktur. Böyle bir engellemeye kalkışacak olursa, bu hakka sahip olanın zararını önlemek maksadı ile suyun oradan akıtılması için zorlanabilir.

Mesîl hakkı: Toprağın üstünden veya borularla ihtiyaç fazlası olan sulan veya uygun olmayan suları genel bir gidere veya depoya gitmek üzere akıtmak demektir. Zirai arazilerin veya yağmur sularının yahut evlerde kullanılan suların giderleri gibi. Mesîl ile mecra arasındaki fark ise şudur: Mecra uygun suları araziye getirmek için olur, mesîl ise uygun olmayan suyu araziden veya evden uzaklaştırmak içindir. Hükmü, mecra hakkının hükmü gibidir. Apaçık bir zarar meydana gelmedikçe hiç kimse bunu engelleyemez.

Mürur (geçiş) *hakkı:* İçteki akarın sahibinin akarına ulaşabilmesi için bir yoldan geçme hakkıdır. Bu yolun, kimsenin mülkü olmayan umumi bir yol olması ile başkasının mülkü olan özel bir yol olması arasında fark yoktur. Umumi yolda her insanın geçiş hakkı vardır. Özel yolda ise o yol sahiplerinin geçiş hakları, oraya kapı ve pencereler açma hakları vardır. Ona sığınmak istediklerinde kamuya karşı o yolu kapatamazlar.

Civar (komşuluk) hakkına : Civar, üst ve yan olmak üzere iki türlüdür. Bunda iki hak söz konusudur:

a) *Tealî (üst tarafta olma) hakkı:* Bu, üst taraftakinin sahibinin alt taraftakinin sahibi üzerinde sabit olan hakkıdır.

b) *Yan komşuluk hakkı:* Bu da yan yana iki komşunun karşılıklı olarak sabit olan haklarıdır.

Üstteki hak sahibinin alt katın üzerinde kalmak hakkı vardır. Bu hak, her zaman için üsttekinin lehine sabit olan bir haktır. Akarın tümünün yıkılması veya altın yıkılmasıyla son bulmaz. Onun da mirasçılarının da istedikleri zaman binalarını iade etme hakları vardır. Alt veya üstün sahibinin, kendi binasında başkasına zarar verecek şekilde tasarruf yetkisi yoktur. Alttaki yıkıldığı takdirde altın sahibinin tekrar onu yapması görevidir. Yapmayacak olursa mahkeme kararı ile buna mecbur edilir. Reddedecek olursa üstün sahibi bu binayı yapabilir ve bu masrafları rücû ederek öbüründen alır. Şu kadar var ki, bu inşaatını hakimin veya alt katın sahibinin izni ile yapmış olması lâzımdır. Şayet inşaatı izinsiz yapacak olursa, tamamlandığı zamanki binanın kıymeti kadar rücû eder, yaptığı masrafla değil. Çünkü o, masraf yapmak üzere vekil kılınmamıştır.

Yan civar (komşuluk) hakkı sahibinin ise sadece bir hakkı vardır; o da birinin ötekine fahiş ve açık bir zarar vermemesidir. Böyle bir zarar, bu binadan asıl maksat olarak gözetilen mesken menfaatinin engellenmemesi veya binanın yıkılmasına ya da gücünün azalmasına sebep teşkil etmemesidir.

Bütün civar türlerinde zarar men edilmiştir. Ancak üst civarda belli olmayan ve bilinemeyen, zarar verip mi vermeyeceği tespit edilemeyen, alt katta bir kapı ve pencere açmak, yahut üst katta alt katın tavanını zayıflatacak şekilde ağır şeyler koymak gibi tasarruflara gelince, bunların yasaklanması konusu ihtilâflıdır. (1)

Ebu Hanife, komşunun izni olmadıkça böyle bir tasarruf men edilir, demektedir. Çünkü malikin, başkasının hakkının taalluk ettiği mülkünde tasarruf etmesinde esas, böyle bir tasarrufu men ve yasak etmektir. Çünkü onun mülkü mutlak bir mülkiyet değildir. Dolayısıyla ona ancak zararsızlığı belli olan şeyleri yapmak mübah olur, bunun dışındaki tasarrufları ise hak sahibinin iznini ve rızasını gerektirir. Hanefilerce fetvaya esas görüş budur.

Ebu Yusuf ile Muhammed ise şöyle demektedir: Komşusunun tasarruflarında aslolan mübahlıktır. Çünkü böyle bir komşu, kendi mülkünde tasarruf etmektedir. Malik, başkasına açıkça zararı olacak şekilde olmadıkça kendi mülkünde tasarruf etmekte serbesttir. Başkasına kesinlikle zarar vereceği bilinirse bu tasarrufu engellenir, bunun dışındaki tasarruflar ise yine mübahlık esası üzere kalır. Kanaatimce bu görüş makul ve uyulması gereken görüştür. Buna göre yan ve üst komşuluğun hükmü aynı kalır. Bu ise komşuya fahiş (ileri derecede) bir zarar verecek türden olmadıkça mülkte tasarrufun mübah olmasıdır. Böyle bir zarar vaki olursa, o takdirde bu zarara sebep olanın, onun tazminatını ödemesi gerekir. Bu zararın doğrudan doğruya veya sebep olmak suretiyle (dolaylı olarak) meydana gelmesi arasında fark yoktur. Aynı zamanda bu, Malikîlerin ve diğer mezheplerin de görüşüdür.(2)

İrtifak Hakkı ile Şahsî İntifa (Yararlanma) Hakkı Arasındaki Fark:

İrtifak hakkının intifa hakkından farkları aşağıda gösterilmiştir:

a) İrtifak hakkı her zaman için bir akar hakkında söz konusu olur. Bu hak sebebiyle o akarın kıymetinde bir eksilme olur. Şahsî intifa hakkı ise bazen akarın vakfı yahut onun vasiyet edilmesi veya icare ya da ariyet olarak verilmesi ile bir akara taalluk edebileceği gibi, kitabın ariyet olarak verilmesi, arabanın ücretle kiralanması hallerinde olduğu gibi, menkul (taşınır) bir şeye de taalluk edebilir.

b) İrtifak hakkı, bir akar lehine kabul edilmiş bir haktır. Bundan sadece civar (komşuluk) hakkı müstesnadır. Bu civar hakkı, bazan bir kişinin bazan da bir akarın lehine olabilir. İntifa hakkı ise her zaman için ismiyle veya niteliği ile muayyen bir şahıs lehine söz konusudur.

c) İrtifak hakkı malikler birden fazla olsa bile her zaman için bir akara tabi bir

1- *Fethü'l-Kadîr,* V, 503; *Reddü'l-Muhtâr,* IV, 373; *el-Bedâyi,* el-Bâbi el-Halebî baskısı- VI, 264 *el-Buhru'r-Râik,* VII, 32; *Tebyînü'l-Hakâik,* IV, 196.

2- *el-Munteka, ale'l-Muvatta,* VI, 40 vd.; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 341; *Neylü'l-Evtâr,* V, 261, el-Osmaniyye baskısı.

haktır. Şahsî intifa hakkı ise muvakkattir, daha önce belirtildiği üzere muayyen bir takım durumlarla sona erer.

d) İrtifak hakkı onu mal olarak kabul etmeyen Hanefîlere göre dahi miras kalır. Çünkü bu hak akara tabidir. İntifa hakkının ise açıklamış olduğumuz gibi fakihler arasında miras kalması hususunda görüş ayrılığı vardır.

İrtifak Hakkının Özellikleri:

İrtifak haklarının genel ve özel bir takım hükümleri vardır.

Bu hakların genel hükümleri sabit olduğu takdirde başkalarına zarar vermediği sürece baki kalır. Şayet başkalarına zarar veya eziyet vermesi söz konusu olursa, kaldırılmaları gerekir. Mesela, kamu yolundaki pis akıntılar ortadan kaldırılır. Şayet ondan yararlanan diğer kimselere zarar veriyor ise, şirb (sulama) hakkı engellenir. Eğer gereğinden fazla hızla yürümek zararlı oluyor ise, kamuya ait yollarda arabaların seyri engellenir yahut karşıt yönlerde böyle bir şey söz konusu oluyorsa yine arabaların seyri engellenir. Bu, Peygamber Efendimizin şu hadis-i şerifi ile amel etmenin bir gereğidir: *"Zarar da yoktur, zarara zararla karşılık vermek de yoktur."* Çünkü kamu yolunda yürümek, sakınılması mümkün olan hususlarda esneklik şartı ile kayıtlıdır. [1] Ve çünkü *"zarar kadîm olamaz."*

Özel hükümlere gelince bunları her bir türün özel irtifak hakları bahsinde söz konusu edeceğiz.

İrtifak Haklarının Sebepleri:

İrtifak hakları birçok sebepler dolayısıyla ortaya çıkar. Bunların bir kısmı şunlardır:

a) Umumî ortaklık: Yol, nehir, genel gider gibi umumi merafık (altyapılar) gibi. Bunlarda yakın olan bütün akarların geçiş, sulama, ihtiyaç fazlası suların akıtılması gibi hakları sabittir. Çünkü bu gibi menfaatler, insanlar arasında ortaktır. Dolayısıyla bunlardan faydalanmaları onlar için mübahtır. Ancak başkalarına zarar vermemek şartı vardır.

b) Akitlerde şart koşulması: Satıcının, müşteriye geçiş hakkının bulunmasını veya kendisine mülk olan bir başka arazi için şirb hakkının bulunmasını şart koşması gibi. Bu şart ile bu haklar sabit olur.

c) Tekadüm (Zaman Geçmesi): Her hangi bir akarın irtifak hakkının insanların ne zaman sabit olduğunu bilmeyecekleri kadar eski bir zamandan beri sabit olması. Bir başka arazi üzerinde bir ziraî arazinin lehine mecra veya mesîl hakkının miras olarak alınması gibi. Çünkü zahiren böyle bir hak, meşru bir sebeple sabit olmuştur. Zira insanların hallerinin salah üzere olduğu kabul edilir. Aksi sabit olun-

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 427.

caya kadar durum böyledir.

5. Tam Mülkiyetin Sebepleri

Şeriatte tam mülkiyetin sebepleri veya kaynakları dört tanedir:

Mübahın istilâsı (ele geçirilmesi), akidler, halefi olma, ve mülk olan şeyden tevellüd.

Hiyaze ve Tekadüm (başkasının mülkü olan bir malı uzun bir süre elde tutmak) müstesna, bunlar Şer'î sebepler ile de ittifak halindedir. [1] İslâm, tekadümü mülkiyetin bir sebebi olarak kabul etmemektedir. Aksine o, sadece üzerinden belli bir zaman geçmiş bir hak ile ilgili olarak davanın dinlenmesine engeldir.[2] Bundan maksat da hem yargı organının zamanını boşa geçirmeyi önlemek hem de ispat problemlerinin çıkaracağı sıkıntılardan uzak kalmaktır; diğer taraftan ise hakkın aslında şüphe vardır. Hakkın aslının ise sahibinin lehine itiraf edilmesi ve ona verilmesi diyaneten vacip olan bir durumdur. Her kim başkasının mülkü olan bir mala el koyarsa hiçbir şekilde Şer'an ona malik olamaz.

Aynı şekilde İslâm, zaman aşımı (tekadüm) ilkesini de uzun bir süre o hakkı talep etmeyi terketmekten dolayı hakkı iskat edici olmak üzere kabul etmez. Çünkü tekadüm ile hakların kazanılması veya düşmesi adalete ve ahlâka aykırıdır. Zira bu konuda, gasp edenin veya hırsızın zamanla malik durumuna dönüşebilmesi, tenkit edilecek bir konu olarak yeterlidir. Şu kadar var ki, İmam Malik *el-Müdevvene*'sinde arkadaşlarının çoğunluğuna aykırı olarak *hiyâze* ile bir şeyi mülk edinmek görüşünde olduğu gibi, *hiyâze* ile mülkiyeti iskat etmek görüşünü de savunur. Şu kadar var ki bu *hiyâze* için bir süre sınırlandırılmamıştır. Bunu sınırlandırmayı hakime bırakmıştır. Bunu (aslında) *mürsel* olan ve fakat Said b. el-Müseyyeb tarafından Zeyd b. Eslem yolu ile Peygamber (a.s.)'e merfu olarak da rivayet edilen bir hadis ile amel ederek sınırlandırmaya imkân vardır. Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "*Her kim hasmının aleyhine bir şeye on yıl haiz olursa, o hasmından ona daha bir hak sahibidir.*"' [3]

Akıntı, taşma veya şiddetli rüzgar sebebiyle kum yığını gibi sebeplerle bitişikliğe gelince, Şer'an buna mani bir durum yoktur, çünkü böyle bir şey, semavî bir fazlalıktır ve bu da: "Mülk edinilen şeyden tevellüt eden" ilkesinin kapsamına gi-

1- Dikkat edilecek olursa Mecelle'nin 1248'nci maddesi mülk edinmenin sadece üç sebebini almakla yetinmiştir. Şu kadar var ki buna dördüncü bir sebebi eklemek zorunludur. O da mülkiyet altındaki şeyden doğan ve meydana gelendir. Çünkü o, bu sebeplerden ayrı, bağımsız bir sebeptir.

2- Fakihler bunu otuz üç ay ile sınırlandırırken, Mecelle 1661 ve 1662'nci maddelerde özel haklarda on beş, emirî topraklarda on, vakıflarda ve beytülmal mallarında otuz altı yıl olarak sınırlandırmıştır.

3- Dr. Muhammed Abdülcevâd, *el-Hıyâze ve't-Tekâdüm fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, 18, 50 vd.; 60, 108, 150 vd. ve: *el-Müdevvene*, XII, 23; *Tebsiratu'l-Hukkâm*, II, 362 vd. gibi kaynaklar, ayrıca bkz. II, 314, -Beyrut baskısı-.

rer.

1- Mübâhı istilâ etmek:

Mübâh, muayyen bir kişinin mülkiyeti altına girmeyen ve onu mülk edinmek için Şer'î bir engel bulunmayan şeydir. Kaynağındaki su, şehir dışında kalan ot, odun, ağaç, kara ve deniz avı gibi. Aşağıda mübah türünün ayırıcı özellikleri kaydedilmiştir:

a) Kimsenin mülkü olmayan bir şey üzerinde mülkiyetin meydana gelmesinin sebebidir. Mülkiyetin diğer sebepleri (akid, miras ve benzerleri)'ne gelince; bu gibi şeylerden meydana gelen sonraki mülkiyetten önce bir başka mülkiyet vardır; o bakımdan bunlar mülkiyeti aktarıcı sebeplerdir.

b) Böyle bir sebep sözlü değil fiilîdir. Fiilen veya el koymakla gerçekleşir. Dolayısıyla çocuk, deli ve hacr altında olan kimseler gibi eksik ehliyetli dahi olsa, her şahıs tarafından yapılması sahihtir. Akde gelince; bu gibi kimseler tarafından akid sahih olmayabilir veya bir başkasının iradesine bağlı (mevkuf) olabilir; ayrıca akid kavlî bir sebeptir.

Bu yol için, yani mübahın ihrazı (ele geçirilmesi) için iki şart aranır:

1- Daha önce bir başka kişinin ihrazı olmamalıdır. Çünkü Peygamber (a.s.)'in de buyurduğu gibi: *"Daha önce her hangi bir müslümanın (el koyarak) ulaşmadığı bir şeye ulaşan kişi, o şeye sahip olur."*

2- Mülk edinmek kasdı: Her hangi bir şey, bir insanın mülküne onun bu konuda özel kasdı olmaksızın girecek olursa, onu mülk edinemez. Mesela bir kuş, bir kimsenin kucağına düşse bu kişi, ona malik olmaz. Bir kimse ağını gerse, eğer avlanmak maksadıyla bu işi yapmışsa, o ağa düşen şeye malik olur. Ağı kurutmak maksadıyla serer ve kuş oraya düşene malik olmaz. Çünkü, "İşler maksatlarına göredir."

Mübahı istilâ (el koyma)'nın dört şekli vardır:

a) Mevat (ölü) arazilerin ihyası: Yani boş ve kullanılmayan arazilerin kullanılır hâle getirilmesidir. Mevât: Mülk olmayan ve kendilerinden her hangi bir şekilde yararlanılmayan arazilerdir. Bu gibi araziler yerleşim alanlarının dışında olur. Buna göre her hangi bir kimsenin mülkü olan veya yerleşim alanının içinde yahut dışında olmakla birlikte o yerleşim alanında bulunan yerin onun için baltalığı veya hayvanları otlatmak için merak olarak kullanılan bir merafıkı olan yerler mevat olamaz.

İhya, mülkiyet ifade eder. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *Her kim bir araziyi ihya ederse o onundur."* Fakihlerin cumhuruna göre ihyanınimamın yani İslam devleti yöneticinin izni ile veya izinsiz olması arasında fark yoktur. Ebu Hanife ve Malik, mutlaka yöneticinin izni gerekir" demişlerdir. Ölü arazinin ihyası,

oraya inşaat yapmak, ağaç dikmek, ziraat, sürmek, kuyu kazmak suretiyle elverişli hâle getirmekle olur. Araziyi ıslah etmek için çalışanın yaptığı işe fıkhen *tahcir* adı verilir. Bu tahcir üç yıl ile sınırlandırılmıştır. Ömer (r.a.) şöyle demiştir: *"Muhtecir (tahcir yapan) kimse için üç yıldan sonra bir hak yoktur."*

b) Avlanmak: *Avlanmak (sayd):* Kimsenin mülkü olmayan mübah bir şeyi ele geçirmektir. Böyle bir şey ya avlanan şeyin istilâsı ile olur -ki bu yakalamak demektir- ya da hükmî istilâ ile olur. Bu da kuşun veya hayvanın ya da balığın kaçmak imkânını bulamayacakları şekilde bir iş yapmak, bir tedbir almakla olur. Balıkları yakalamak için havuzlar, ağlar edinmek, yahut da köpek, pars ve eğitilmiş yaralayıcı av hayvanları gibi hayvanlar edinmekle de olur. (1)

Kişinin hac veya umre için ihramlı olması veya avlanan hayvanın Mekke-i Mükerreme'nin ya da Medine-i Münevvere'nin hareminde olması hâli müstesna, av insan için helâldir. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmuştur: *"Sizin için deniz avı ve onu yemek, size de yolcuya da fayda olmak üzere helâl kılındı. İhramda bulunduğunuz müddetçe ise kara avı üzerinize haram kılındı."* (Mâide, 96)

Avlanmak mülkiyetin sebeplerinden birisidir. Fakat hakiki istilâda değil de hükmî istilâda mülk edinmek maksadının olması şarttır. Bu da: "İşler maksatlarına göredir" kaidesiyle amel etmenin bir gereğidir. Bir kişi ağını kursa ve ona bir av takılsa, eğer kurusun diye o ağı kurmuş ise, o avı daha önce kim yakalarsa onundur. Çünkü ağı kuran kimsenin öyle bir niyeti olmamıştır. Şayet avlanmak maksadıyla ağını kurmuşsa açıklanmış olduğumuz gibi avın sahibi ona malik olur. Başkası alacak olursa, haksız yere almış bir gâsıp (haksız yere ele geçirmiş) olur. Bir kuş bir kişinin arazisinde yavru yapsa, önce onu kim ele geçirirse onundur. Ancak arazi sahibi toprağını bu iş için hazırlamışsa müstesnadır. Bir kuş bir kişinin evine girse, o da onu yakalamak maksadıyla kapıyı kilitlese ona malik olur. Tesadüfen kapıyı kilitlemiş ise malik olmaz. Aynı şekilde av bir çukura veya su kanalına düşse onun mülk edinilmesinde nazar-ı itibara alınacak husus, avlanmak niyetidir. Öyle bir niyet yoksa öncelikle ele geçiren kimseye ait olur.

c) Ot ve koruların istilâsı: *Ot (kele'):* Hayvanların otlaması için, özel olarak ekmeksizin yerde bitip büyüyen bitkidir.

Koru: Ormanlarda veya mülk olmayan arazilerdeki yoğun ve sık ağaçlardır.

Otun hükmü, mülk edinilmemesidir. Velev ki mülk olan bir toprakta bitmiş olsun. Ot, bütün insanlar için mübahtır; onu alabilir ve hayvanlarını otlatabilirler.

1- Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Senden kendilerine neyin helâl kılındığını soruyorlar. De ki: Bütün pâk ve temiz şeyler size helâl kılındı. Onları alıştırarak ve Allah'ın size öğrettiklerinden öğreterek yetiştirdiğiniz avcı hayvanların size tuttuğundan yiyin. Üzerlerine Allah'ın adını anın ve Allah'tan korkun. Muhakkak ki Allah hesabı pek çabuk görendir."* (Mâide, 4)

Arazi sahibinin o ottan insanları engellemeye hakkı yoktur. Çünkü o ot, aslî mübahlığı üzere kalır. Dört mezhepte de tercih edilen görüş budur; çünkü: *"İnsanlar üç şeyde ortaktırlar: Su, ot ve ateşte".* [1] hadisinin ifadesi umumidir.

Âcâm (korular)a gelince: Eğer bunlar mülk olmayan araziler içerisinde ise mübah mallar arasındadır. Herkes bunları istilâ ederek ihtiyaç duyduğunu alabilir. Kimse başkasını bunlardan faydalanmaktan engelleyemez. Bir kişi bunlardan her hangi bir şeyi istilâ edip eline geçirirse o şey onun mülkü olur. Şu kadar var ki devlet kamu maslahatına riayet etmek ve faydalı ağaç zenginliğini korumak maksadı ile ağaç kesmeyi men etmek suretiyle mübahı kayıtlayabilir, sınırlayabilir.

Şayet bu koruluklar mülk arazide olursa bunlar mübah bir mal olmazlar. Bilakis o arazi sahibinin mülküdürler. Onun izni olmaksızın kimse onlardan bir şey alamaz. Çünkü bir arazi koruları sebebiyle talep olunabilir. Otta durum böyle değildir, orada bulunan otlar sebebiyle araziye talep olunamaz.

d) Maden ve 'Kenz'lerin (define, hazine) istilâsı: *Maden:* Yaratılışının ve tabiatının aslı itibariyle yeraltında bulunan altın, gümüş, bakır, demir, kurşun ve benzeri şeylerdir.

Hazine ise yerin altına insanların gömüp sakladıkları mallardır. Bu saklamanın cahiliye döneminde veya İslâm döneminde olması arasında fark yoktur.

Hanefîlere göre: er-Rikâz kelimesi hem madenleri hem de hazineyi kapsar. *Rikâz* yerin içinde gömülü olan şey demektir. Demir, bakır ve başka madenlerin filizleri gibi Allah'ın yaratması dolayısıyla varlıklarıyla; insanların yerin altına gömdükleri mallarda olduğu gibi insanların faaliyeti sonucu meydana gelmeleri arasında bir fark yoktur. Peygamber (a.s.)'in: *"Rikâzda beşte bir vardır"* [2] hadis-i şerifinde her ikisinin de hükmü birdir.

Malikiler, Şâfiîler ve Hanbelîlere göre: Rikâz, cahiliyye devrinde gömülmüş şeylerdir. *Maden* ise müslümanların gömdükleridir.

Madenlerin Hükümleri:

Fakihler istilâ yoluyla madenlerin mülk edinilmesi ve mülk olmayan bir arazide bulunduğu takdirde devletin onlardaki hakkı konusunda farklı görüşlere sahiptir.

Madenlerin mülk edinilmesi konusunda fakihlerin iki görüşü vardır:

Malikîlere göre: [3] Meşhur görüşlerine göre, bütün madenler istilâ yoluyla

1- *el-Bedâyi,* VI, 193 vd; *Mecelle,* madde 1257.

2- Bu hadisi İmam Ahmed ve *Kütüb-i sitte* sahipleri Ebu Hureyre'den rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr,* IV, 147.

3- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 102; *eş-Şerhü'l-Kebîr -ed-Desûkî* ile- I, 486.

mülk olmazlar. Arazinin mülkiyetine tabi olarak mülk edinilmedikleri gibi. Aksine madenler devlete aittir. Yönetici onlarda maslahatın gereğine uygun olarak tasarruf eder. Çünkü arazi İslâm tarafından fethedilmek suretiyle devletin mülkü olur ve çünkü bu hüküm maslahatın da bir gereğidir.

Hanefîlere göre: Arazinin mülk edinilmesi ile madenler de mülk edinilmiş olur. Çünkü arazi bir kişinin mülkü ise madenler de onun olur. Eğer devletin arazisinde ise devletin olur. Mülk olmayan bir arazide olurlarsa bulanındır. Çünkü madenler araziye tabi olarak mübahtır. Bu husus ise, madenler ve ikta bahsinde gelecek etraflı açıklamalara göre değişiklik arz eder. Şafiîlere göre yeraltı madenlerine onları işleten kişi maliktir. Hanbelîlere göre ise katı madenleri ihya eden onlara mâlik olur.

Devletin madenlerdeki hakkına gelince; Bu konuda da iki görüş vardır:

Hanefîlere göre: [1] Madenlerde (devlete ait hak) beşte birdir. Çünkü onlara göre *rikâz,* dildeki anlamı gereğince, madenleri de hazineleri de kapsamaktadır. Beşte birden sonra geriye kalan, bulana aittir. ancak bu pay dövülmek ve çekilmek suretiyle işlenmeye tabi olan altın, gümüş, demir, bakır ve kurşun gibi sert madenlerde söz konusudur. Dövülmek ve çekilmek gerekmeyen elmas, yakut, taş kömürü gibi sert madenler ile civa, petrol gibi akıcı madenlerde ise devlet lehine hiç bir şey gerekmez. Çünkü birincileri taşa ve toprağa, ikincileri ise suya benzemektedir. Suda ise devlete gereken bir hak yoktur. Civa bundan müstesnadır. Civada devletin beşte bir hakkı vardır.

Şafiîlere göre: Devletin madenlerde alması gereken ne beşte bir, ne de bir başka hakkı vardır. Sadece bunlarda zekât gerekir. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Hayvan(ın telef ettiği) hederdir (cubâr); kuyuda telef olan hederdir, maden hederdir (cubâr); rikâzda da beşte bir vardır."* [2] Peygamber (a.s.) rikâzda beşte biri farz kılmıştır. Rikâz ise cahiliye halkının gömdükleri şeylerdir. Madenlerde ise her hangi bir şeyi farz kılmamıştır. Çünkü *cubâr* kelimesinin manası, onda bir şey yoktur, şeklindedir. Onlara göre zekâtın farz kılınması ise, zekâta dair

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* I, 61 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 162; *el-Muğnî,* III, 28; V 520.

2- Bu hadis-i şerifi *Kütüb-i sitte* sahipleri Ebu Hureyre'den rivayet etmişlerdir. *Nasbu'r-Râye,* II, 380 *Şerhu Müslim,* XI, 226. Hz. Peygamberin: *"Ve maden hederdir (yani onda bir şey yoktur)"* buyruğunun manası şudur: Kişi kendi mülkünde veya bir arazide bir maden açacak ve oradan geçen birisi de düşüp ölecek olursa, yahut orada çalışmak üzere tuttuğu işçilerin üzerine maden çöküp ölürse, böyle bir durumda tazminat söz konusu değildir. Aynı şekilde kuyunun da heder olmasının manası şudur: Kişi kendi mülkünde veya ölü arazisinde kuyu kazıp oraya bir insan veya bir başka şey düşüp telef olacak olursa, üzerine tazminat yoktur. Aynı şekilde bu kişi kuyuyu kazarken kuyu üzerine çöküp ölse, ona da tazminat yoktur. Şayet kuyuyu Müslümanların gidip geldikleri bir yolda veya başkasının mülkünde izinsiz olarak kazsa ve orada birisi telef olsa, buna tazminat gerekir. İnsan dışında bir şeyin telef olması halinde de orayı kazanın malından tazminat vacip olur.

umumi delillcr iledir. *Maden* ise her şeyin merkezi demektir. *Meâdin* ise altın, gümüş, bakır ve buna benzer yerdeki cevherlerin çıkartıldığı yerler (ocaklar)'dir. Maden kelimesi aynı şekilde ilim dilinde filizin kendisi hakkında da kullanılır.

Hazinenin Hükmü:

Hazine, insanların gömdüğü şeylerdir. Cahiliye döneminde olması ile İslâm döneminde gömülmüş olması arasında fark yoktur. Buna göre hazine (kenz) İslâmî ve Câhilî olmak üzere iki türlüdür:

İslâmî hazine: Kelime-i şehadet, mushaf, bir Kur'an ayeti veya Müslüman bir halifenin adı gibi İslâmın zuhurundan sonra gömüldüğüne delâlet eden her hangi bir alâmet ve bir yazının bulunduğu hazinedir.

Cahilî hazine: Bir put veya bir heykel şekli, cahiliye dönemi hükümdarlarından birisinin adı veya buna benzer İslâm'dan önce gömüldüğüne delâlet eden bir yazı ya da alâmetin bulunduğu hazinedir.

Şüpheli hazine ise, İslâmî mi, cahilî mi olduğu anlaşılamayandır. Hanefîlerin mütekaddim alimleri bu konuda: "O cahili hazinedir" derken müteahhir alimleri: "O İslâmi hazinedir; çünkü aradan uzun zaman geçmiştir" derler. Şayet İslâmın ve cahiliyenin alâmetlerinin karışık olduğu bir hazine bulunursa o İslâmîdir. Çünkü zahire göre o bir Müslümanın mülküdür ve onun mülkü olmadığı bilinmemektedir.

İslâmî hazine, sahibinin mülkiyeti altında kalır. Onu bulanın mülkü olamaz. Aksine bir lukata (yitik) gibi değerlendirilir. Tanıtılması ve hakkında gerekli ilânın yapılması vaciptir. Sahibi bulunduğu takdirde ona teslim edilir, değilse fakirlere tasadduk edilir. Fakirin ondan yararlanması helâldir. Hanefîlerin görüşü budur.[1]

Malikîler, Şafiîler ve Hanbelîler ise [2] Onu mülk edinmeyi ve ondan yararlanmayı caiz kabul ederler. Ancak bundan sonra sahibi ortaya çıkacak olursa, tazminatının ödenmesi gerekmektedir.

Cahilî kenze gelince: Mezhep imamları onun beşte birinin İslâm devletinin hazinesi olan beytülmale ait olduğunda ittifak etmişlerdir. Geri kalan beşte dördünde ise görüş ayrılığı vardır. "Onu ister mülk arazide, ister başkasında bulmuş olsun, arada bir fark olmaksızın mutlak olarak bulana aittir" denildiği gibi, "Mülk olmayan arazide veya ihya yoluyla malik olduğu bir arazide ise bulanındır, eğer mülk olan arazide bulmuş ise arazinin ilk malikine veya mirasçılarına aittir, ilk sahipleri bilinmiyorsa İslâm devletinin hazinesi olan beytulmalindir."

1- *Fethü'l-Kadîr,* III, 307; *el-Bedâyi,* VI, 202; *el-Mebsût,* XI, 4 vd; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* III, 351.
2- *Bidayetu'l-Müctehid,* II, 301; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 121; *el-Mühezzeb,* I, 430; *Muğni'l-Muhtâc,* II 415; *el-Muğnî,* V, 636.

2- Mülkiyeti nakleden akidler:

Satış, hibe, vasiyet ve buna benzer akidler mülkiyetin en önemli, en genel ve günlük hayatta en çok rastlanılan kaynakları arasında yer alır. Çünkü bunlar insanların ihtiyaçlarını karşılıklı ilişkiler yolu ile gerçekleştiren iktisadî faaliyetlerdir. Mülkiyetin diğer sebepleri ise hayatta az rastlanılanlar arasındadır.

Aşağıdaki iki durum mülkiyetin direkt sebeplerini teşkil eden akidlerin kapsamına girmektedir. (1)

1- Yargı organının doğrudan doğruya uygulandığı, gerçek sahip adına vekâleten yaptığı zorunlu akidlerdir. Borçlunun borçlarını ödemek maksadı ile mallarını satmak, ihtikâr (karaborsa) yapılmış malların satılması gibi. Bu gibi durumlarda mülk edinen kişi yargının iradesi ile açık satış akdi yoluyla mülk edinir.

2- Zorunlu olarak mülkiyetin alınması: Bunun da iki şekli vardır:

a) *Şüf'a:* Hanefîlere göre bu, ortağın ya da bitişik komşunun satılan akarı, gerekli kıymet ve masrafları ödemek kaydıyla o akarın müşterisinin aleyhine cebren mülk edinmesi demektir. Cumhur ise şuf'ayı sadece ortak hakkında kabul etmiştir.

b) Kamu yararına istimlak: Bu da bir araziyi normal fiyatı ile sahibini mecbur tutarak zorunluluk veya kamu maslahatı sebebiyle istimlâk etmektir. Mescidin yol veya benzerlerinin genişletilmesi böyle bir zaruret veya kamu maslahatına örnektir.

Bu yol ile mülk edinen kişi, otoritenin iradesi ile takdir edilmiş zorunlu bir satış akdine binaen mülk edinir.

Buna göre mülkiyete sebep teşkil eden akid, ya rıza ile veya zorunlu olur. Zorunlu akid ise ya borçlunun satışında olduğu gibi sarih veya şuf'a ve mülkiyetin zorla alınması halinde görüldüğü üzere mecburen olur.

3- Halef olma:

Bir kişinin malik olduğu bir şeyde, başkasının ondan sonra yerine geçmesi veya bir şeyin bir başka şeyin yerini alması demektir. O halde bu iki türlüdür: Kişinin bir başka kişinin yerine halef olması, bu mirastır. Bir şeyin bir başka şeyin yerine halef olması (geçmesi) de tazminattır.

Miras, mecburî bir mülk edinme sebebidir. Mirasçı, Şerîatin hükmü gereğince, ölen kimsenin terketmiş olduğu mallara sahip olur.

Tazminat ise, başkasına ait olan bir şeyi telef eden ya da ondan bir şey gasp edip telef eden yahut kaybeden veya bir cinayet veya sebep yolu ile başkasına bir

1- Prof. ez-Zerkâ, *el-Medhal el-Fıkhî el-Âmm,* f, 105.

zarar veren kimsenin aleyhine bir karşılığı veya değerini ödemeyi öngörmek demektir. Diyetler, cinayet sebebiyle verilen erşler, yani yaralamalarda caninin ödemesi farz olan, Şer'an miktarları belli malî bedellerdir.

4- Mülk altındaki şeyden meydana gelenin durumu:

Bunun manası şudur: Mülk olan bir şeyden doğan, meydana gelen şey, aslın sahibinin mülkü olur. Çünkü aslın maliki, aynı zamanda fer'in de malikidir. Bu tevellüd (meydana gelmek) ister aslın malikinin fiiliyle ister tabiat veya yaratılışı gereği olsun değişen bir şey olmaz. Gasbettiği araziyi eken bir kimse Hanbelîlerin dışında kalan cumhura göre ürünün sahibi olur. Çünkü bu ürün, tohumun yeşermesi sonucudur. Tohum ise bu kişinin mülküdür. Buna karşılık arazinin kirasını ödemesi gerekir. Ayrıca ekin sebebiyle arazideki eksilmeyi sahibine tazminat olarak ödemesi de gerekir. Ağacın meyvesi, hayvanın yavrusu, koyunun yünü ve sütü, aslın sahibine aittir. Hanbelîlere göre ise, ekin arazinin sahibine aittir. Çünkü Buharî, Müslim, Ebu Dâvud ve Tirmizî'nin rivayetine göre Râfi' b. Hadîc Peygamber (s.a.)'in şöyle buyurduğunu nakletmektedir: *"Kim başkasının arazisini onların izni olmaksızın ekecek olursa, ekinden bir şey almaz, sadece kendi masrafını alır."* Buharî, bu *hasen* bir hadistir demiştir. [1]

6. Mülkiyetin Tabiatı Yahut İslâm Hukukunda Ferdî Mülkiyet Mutlak mıdır, Mukayyet midir?

Alış-veriş, bilindiği gibi insanlar arası işlemleri ve mülk edinme haklarını düzenleyici bir kanun mesabesindedir. Alış-verişin bir takım kayıt veya şartlarla sınırlandırılmasının en önemli sebeplerden birisi de insanların malik olduğu mallar hususundaki tabiî haklarını korumaktır. Bir kişinin mülkiyeti bir başkasına ancak hak ve adalet çerçevesinde intikal edebilir. Ortada her hangi bir hile, aldatma, kandırma, fırsatçılık veya anlaşmazlığa ve işlemlerin tutarsızlığı sonucuna götürecek bilgisizliğin olmaması, insanların mallarının batıl yollarla yenmemesi icap etmektedir. Akde etki eden, onu fasit ya da batıl yapan en önemli sebepler bunlar olup İslâm Şeriatinde akdin haram kılınışının ana sebepleri bunlardır.

İşte bundan dolayı şu soru yerinde görülmelidir: Ferdin tasarruflarında, çalışma, üretim ve mülk edinme faaliyetlerinde hürriyet mutlak mıdır, yoksa şeriatte mülk edinme hakkı üzerinde bir takım kayıtların varlığı söz konusu mudur?

Kapitalist ve sosyalist düzenler

Bugün dünyada ekonomik alanda birbirine zıt görülen biri kapitalist diğeri sosyalist olmak üzere iki düzenin egemenliği söz konusudur:

Kapitalist Düzen: Ferdin malları özel olarak mülk edinme hakkını kabul eder. Bu malların tüketim yahut üretim malları olması arasında bir fark yoktur. Bununla

---

1- *Neylü'l-Evtâr,* V, 318 vd.

birlikte bütün malların fertlerin mülkü olması şartı yoktur. Aksine devletin veya devletin her hangi bir organının bu malların her hangi bir yönünü mülk edinmesine de imkân vardır. Aynı şekilde ferdî mülkiyet hakkının mutlak olması şartı da yoktur. Kamu menfaati adına bir takım kayıtlamaların getirilmesi de mümkündür.

Kapitalist düzen, fertlerin ekonomik özgürlüğü temeli üzerinde yükselir. Onların ekonomik alandaki çalışmalarını kayıtlamak için devletlerin müdahelesi söz konusu değildir. Nakdî en büyük kârı elde etmek için çalışmak, kapitalist düzende ekonomik çalışmaların en büyük itici gücüdür.

Bu düzen fertler arasında servet dağılımında dengeyi bozduğu ve toplumun kapitalist feodal sınıf ile proleterya, çiftçi ve buna benzer gelirleri sınırlı sınıf olmak üzere ikiye ayrılması sonucunu doğurduğu için tenkit edilmiştir. Aynı şekilde servetin küçük bir azınlığın elinde toplanması, işsizliğin, tabiî ve sun'î karaborsacılığın yaygınlaşması sonucunu da verir. Bunun neticesinde kapitalist düzen, ekonomik istikrarı gerçekleştirmekte ve insanlar için rahat bir hayat temin etmekte başarısızlığa uğramıştır.

Bu başarısızlık tam zıt yönde bir tepkinin ortaya çıkması sonucunu vermiştir. Bu bakımdan bir taraftan ekonomik alanda devletin müdahalesi artıp dururken, diğer taraftan da sosyalist ilkelerin yayılması sonuç olarak ortaya çıkmıştır. [1]

Sosyalist Düzen: Bu düzen sanayi, ziraat, tabiî servet, kamu servetleri gibi çeşitli üretim alanlarına [2] devletin sahip olması ilkesi üzerine oturur. Bunun sonucunda sömürü ve köleleştirme temeli üzerinde kurulu olan ferdî mülkiyet söz konusu olmaz. Aynı şekilde ferdin mutlak ekonomik hürriyeti de -toplumun ona bağışladığı ve düzenlediği ölçülerin dışında- söz konusu değildir.

Özel mülkiyet, bütünüyle ortadan kaldırılmış değildir. Çünkü ev eşyası, para ve kabul edilebilecek türden mallar gibi tüketim mallarının mülkiyeti kabul edilmiştir. Bu tüketim malları üzerindeki mülkiyetin miras yoluyla başkalarına intikal etmesi de mümkündür. [3]

Üretim mallarının mülkiyetine gelince: Bunlarda sosyalist bir mülkiyet söz konusudur ve devletin mülkiyeti şeklinde veya kollektivist mülkiyet şeklinde ortaya çıkar. Bununla birlikte üretim mallarının üzerindeki özel mülkiyet, Rusya'da tam anlamıyla ortadan kaldırılmış değildir. Rus kanunları köylülere ve küçük esnaflara kendi şahsî işlerini kendileri görmeleri şartıyla, küçük ekonomik teşebbüslere müsaade etmektedir. Bunun diğer bir şartı ise bu konuda başkalarının emeklerini sömürmemeleridir. [4] Bu durum ise ziraî çalışma alanlarında üçüncü bir türü-

---

1- Dr. Muhammed Hilmi Murad, *Usulu'l-İktisad,* 151-183.

2- Bunlar ise arazi, sermaye ve emektir.

3- Sovyetler Birliği Anayasası'nın 10'ncu maddesinden açıkça anlaşılan budur.

4- Sovyetler Birliği Anayasası'nın 9'ncu maddesindeki ifade budur. 7'nci maddedeki ifadeler de ona yakındır: "Kollektif çiftliklerde yaşayan ailelerden her birisinin kollektif tarla ekonomisinden sağ-

nün ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Bunlar bir taraftan devlet çiftlikleri, öbür taraftan kollektif çiftlikler yanında ferdi ziraatlerin varlığıdır. Buna göre şahsî mülkiyet değişmez ve mutlak bir hak değildir. Bu hak toplumsal mülkiyete doğru giden ekseninde tekâmül gösterir. Çünkü mülkiyet özü itibariyle toplum menfaatlerine hizmet eden toplumsal bir görevdir.

Sosyalist düzenin amacı toplumsal adaleti gerçekleştirmektir. Bu bakımdan bu düzen birinci derecede fertlerin bütün ihtiyaçlarını karşılamaya önem verir. Ancak bu ihtiyaçları önem ve zorunluluklarına göre derecelendirir. (1) Bu da insanın haysiyetine yakışan bir seviyeyi gerçekleştirmek için öngörülür. Bundan sonra ise sürekli olarak bu seviyeyi yükseltmek için çalışılır. Bu da çalışan kitlelerin dikkatlerini kapitalizmin pisliklerinden kurtarıcı olması itibariyle sosyalist düzene çevirmeleri sonucunu verir.

Bu düzenin eleştiricileri ise şöyle demektedir: Bu düzen, ferdin kutsal ve tabiî olan hakkını hiçe saymaktadır; bu da mülkiyet hakkıdır. Aynı şekilde devlette ifadesini bulan topluma, fertlerin aleyhine oldukça geniş yetkiler vermekte ve ekonomik hürriyeti sınırlandırılmaktadır.

İslâm'ın toplumsal ve ekonomik düzeni:

Bu düzen, sözü geçen iki düzen arasında adâletli ve dengeli bir düzendir. Daha doğru bir ifade ile bu düzen kendi ayakları üstünde duran bir sistemdir. Bu konuda kendine has toplumsal bir düşüncesi vardır. O, toplumun haklarını kabul ettiği gibi, ferdin değerini de itiraf ve ikrar eder. Aralarında bir dengeyi gerçekleştirir; hatta ferdi toplum için, toplumu da fert için; -fertler arasındaki genel dayanışma esasına göre- kabul eder. Buna göre bu düzen, Kapitalizme götüren sadece ferdî bir düzen olmadığı gibi, Marksizme götüren toplumsal bir düzen de değildir. Bu düzen başkalarının yapılarına haksızlık etmeyecek şekilde ferde bir hürriyet tanır. Topluma veya toplumu temsil eden devlete de fert ile toplum arasında kin, insanlar arasında düşmanlıklar üretmek temeli üzerinde değil, fakat karşılıklı sevgi temeli üzerinde yükselen ekonomik ve toplumsal ilişkileri düzenlemek hususunda geniş yetkiler verir.

Buna göre bu düzen insanın ferdî mülkiyet hakkını kabul eder, malından faydalanmak ve onu geliştirmek hakkını tanır. Hayatı boyunca ve ölümünden sonra muayyen sınırlar çerçevesinde tasarruf yetkisini tanır. Söz konusu bu sınırlar ise,

---

ladığı ana gelirine ve ortak gelirine ek olarak ona ait özel bir arazi parçası bulunur. Bu arazi parçası da evinin bulunduğu yere bitişik olur. Bu arazide ona ait ek bir verim olur. Mesken olarak kullanacağı bir ev, ayrıca üretimde bulunacak davarları, kuşları (kümes hayvanları), basit ziraî araçları da olur ve bunlar özel olarak mülkiyeti altında kalır."

1- Kapitalizmin hedefi satın alma gücüne göre fertlerin ihtiyaçlarını karşılamaktır. Bu ise bir takım fertleri zorunlu ihtiyaçlarını karşılamaktan yana aciz bırakırken, diğer taraftan başka bir kesimin birçok lüks ihtiyaçlarının da karşılanması sonucunu doğurur.

komünizmin hoşgörü ile karşıladığı miktardan oldukça geniş kabul edilir. Şu kadar var ki mülk sahibi kimseye malik olduğu şey üzerinde mutlak yetki ve egemenlik vermez, yani kapitalizmin yaptığı gibi onu bu konuda kayıtsız bırakmaz. Mülkiyetin haram ve tuğyana götüren sömürünün yolu olmasına da fırsat tanımaz. Böylelikle İslâm, sosyalizm ve kapitalizmin her birisinin güzel yanlarını bir arada toplar ve her birisinde rastlanılan sapma ve aşırılık şekillerinden de uzak durur. (1).

İslâmın ekonomik düzeninin kapitalist veya sosyalist bir düzen olduğunu söylemeye imkân yoktur. Çünkü günümüzde kapitalizmin veya sosyalizmin belli ve anlaşılır bir anlamı vardır. Bunların her birisinin ekonomik hayatın problemlerine çözüm getirmekte muayyen özellikleri vardır.

İslâm, bizatihî ayakta duran bir düzendir. Yeni veya eski her hangi bir ekole nispet edilemez. Onun rüknü, yani esası, hayatın kuvvetleri ile kişinin yapısında bulunan fıtrî kabiliyetler ile tabiatta açık ve gizli bulunan servetler arasında dengeyi sağlamaktır. Her iki yön arasında uygun etkileşimi meydana getirir ve insanda bulunan aklî ve ruhî kabiliyetler ile kâinatta bulunan gerçeklerin sırları mal ve servet hazineleri ile birlikte insan için elverişli uygarlık ortaya çıkar. İslâm'ın ön gördüğü köklü çözümler ile hak ve görevler konusunda ferd ve toplum için ön gördüğü kaideler ile bunlar gerçekleşir. Sosyalizmde İslâm'ın ön gördüğü toplumsal dayanışmanın zorunluluğu gibi, insanî bir takım muhtevalar bulunuyorsa da bu, İslâm düzeninin Marksist-Sosyalist düzenin kendisi olduğu anlamına gelmez.

İslâm'a göre mal ve mülkiyet:

Bildiğimiz gibi Hanefîlere göre mal, tabiat itibariyle insanın kendisine meylettiği ve ihtiyaç vakti için saklanıp biriktirilmesi mümkün olan şeydir. Cumhura göre ise, az dahi olsa bir bedel karşılığında satılan ve onu telef edenin bedelini ödemesi lâzım olan, insanın -para ve buna benzer şeylerde olduğu gibi- atmadığı her bir şeydir. Bu tarif İmam Şafiî (r.a.)'den alınmıştır. (2)

Birinci tarife göre kiralanan ayn'ın menfaati dışında mücerret hak ve menfaatler mal olmaz. İkinci tarife göre, menfaatler miras alınması mümkün, bizatihî kıymet taşıyan mal olarak değerlendirilir.

Mülk ise, bir mani olması hali müstesna, sahibine tasarruf hakkını veren ve Şer'an engelleyici (yani meşru sınırlar dışında başkasının tasarrufunu kabul etmeyen) bir özelliktir. (3)

1- Dr Muhammed el-Behiy, *el-Fikrü'l-İslâmî, el-Hadis,* 387; Prof. Muhammed Kutub, *Şuhubât Havle'l-İslâm, (İslâm'ın Etrafındaki Şüpheler),* 27; -Mevdûdî, *Nazariyyatu'l-İslâm es-Siyasiyye,* 57.

2- es-Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir,* 258.

3- Prof. Mustafa ez-Zerkâ, *el-Medhal el-Fıkhî,* 1, 220; *Engelleyici* kelimesinden maksat, sahibine başkasını ondan yararlanmayı engelleme imkanını veren demektir. Bu kelime mana itibariyle eşyaya taalluk eden hususlar ile ilgili olarak kendine ait ve kendinden başkasının yararlanmaması gi

Hakikatte mal, şanı yüce Allah'a aittir: *"Göklerin ve yerin mülkü ve onların içindekiler yalnız Allah'ındır!"* (1) İnsanın malı mülk edinmesi mecazîdir. Yani insan, mal üzerinde bir emanetçidir ve onun üzerinde halife tayin edilmiştir: *"Allah'ın sizi üzerinde halife (vekil) kıldığı şeylerden infak ediniz."* (Hadîd, 6). Urve (r.a.) de şöyle demiştir: Ben, Rasulullah (s.a.)'ın: *"Arz Allah'ın arzı, kullar da Allah'ın kuludur. Her kim ölü bir araziyi diriltirse o, onda daha bir hak sahibidir"* diye hüküm verdiğine şahitlik ederim." Buna göre insan mülkün gerçek sahibi şanı yüce Allah'ın mülk edinmek hususunda dilediği şekle uygun olarak Allah'ın emirlerine bağlı kalmak zorundadır. Bu konuda insanlar arasında bir fark yoktur, birbirine eşittirler. Hepsinin yeryüzünün zenginliklerini mülk edinme hakları vardır. Ferdî mülkiyet de yüce Allah tarafından bağışlanmış bir haktır. Mal, bizatihî maksat olarak gözetilen bir amaç değildir. O menfaatlerden yararlanabilmek ve ihtiyaçları sağlayabilmek için bir araçtan ibarettir. (2)

Özellikle zikretmemiz gereken konu şudur: İslâm tarihinde zenginin malının rızası olmaksızın alınıp bir fakire verildiği görülmemiştir. İhtiyaç ne kadar şiddetli olursa olsun, fakirlik hangi dereceye ulaşmış olursa olsun, böyle bir yola gidilmemiştir. Peygamber (a.s.) Müslümanları bol infaka teşvik eder, ihsan ve bağışta bulunmaları için rağbetlerini, arzularını harekete getirirdi. Şu kadar var ki, bu konuda emir ve azimet üslûbunu kullanmazdı. Bir seferinde Ebu Bekir (r.a.) malının tümünü, Ömer (r.a.) de yarısını getirip verdiği gibi, Osman (r.a.) da Ceyşu'l-Usre'yi (Zorluk Savaşı Ordusu diye bilinen Tebük ordusunu) bütün ihtiyaçlarıyla donatmış, bunun üzerine Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *" Osman'a bu günden sonra yapacaklarının artık zararı olmaz."* (3)

Mülkiyetin kayıtlandırılması:

Bazı yazarlar şöyle demektedir: Mal Allah'ın malı, insanlar tümüyle Allah'ın kulu olduğuna ve yine içinde çalıştıkları ve Allah'ın malı ile imar ettikleri bu hayat da Allah'ın olduğuna göre, mal belli bir kişinin adına bağlı olarak zikredilse bile aslında Allah'ın bütün kullarına aittir ve herkes ondan yararlanır. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmuştur: *"O yeryüzünde bulunan her şeyi sizin için yaratandır."* (Bakara, 29) Buna göre mal, hedefi toplumu mutlu kılmak ve toplumun ihtiyaç ve menfaatlerini gerçekleştirmek olan toplumsal bir varlıktır. Şahsî mülkiyet de buna göre

bi manaları ifade eder; onlara yakındır. Diğer taraftan "sahibine tasarruf hakkını veren" ifadesinden maksad da şudur: Mülkiyet, bir başka kişiden kaynaklanan bir güç değil, baştan itibaren sahip olunan bir güçtür.

1- Maide, 120.

2- Dr. Mustafa es-Sıbâi, *İştirakiyyetu'l-İslâm* (İslâmın Sosyalizm Tarafı), 77 vd.; Prof. Dr. Ebu Zehra, *at-Tekâfulü'l-İctimaiyyü fi'l-İslâm (İslâm'da Sosyal Dayanışma),* 14 vd.

3- Prof. Muhammed Abdullah Kennûn, *el-Mülkiyyetu'l-Ferdiyye fi'l-İslâm,* s. 186; Ezher'de Araştırmalar Akademisi Birinci Kongresi Araştırmaları ile birlikte yayınlanmış; Hz. Osman hakkındaki bu hadis için bkz.; *et-Telhisu'l-Habîr,* 278.

İslâm'ın bakış açısında toplumsal bir görev olarak telakki edilir. (1)

Hocamız Prof. Muhammed Ebu Zehra da mülkiyeti toplumsal bir görev olarak nitelendirmekte bir sakınca görmemekle birlikte, "bu görevlendirmenin yöneticilerin görevlendirilmesiyle değil, Allah'ın görevlendirmesi ile olduğunun bilinmesi gerekir, çünkü yöneticiler her zaman için adil değildirler" (2) görüşünü savunmaktadır.

Kanaatime göre İslâm, anlaşılmaz en ufak bir tarafı olmayan, gayet açık ve seçik bir düzendir. Komünizmin ya da Marksist Sosyalizmin öğretilerinden alınmış böyle bir tabirin kullanılması İslâmı' Marksist ilkelerin batakhğına çeker, insanın mülk edinmek hususundaki fıtrî ve tabiî özgürlüğü ile çelişir, İslâm'ın mülkiyet görüşünün gerçek yüzünü anlamak konusunda düşünceleri saptırmaya sebep teşkil eder. Ferdî mülkiyet, İslâm'da korunması gerekli bir haktır. Şu kadar var ki bu hak, başkasının hakkı ve toplumun maslahatı sınırları içerisinde yerini alır. Mülkiyet hakkı, malikini sadece toplumun menfaatine bir görevli olarak mütalaa eden toplumsal bir görevden ibaret değildir. Evet, bu hakkın toplumsal bir görevi vardır. Bununla birlikte onun ferdî bir niteliği de vardır. Mülkiyetin ortadan kaldırılması insan fıtratı ile çelişki arz eder. Aynı şekilde insanın duygularıyla ve mülk edinmek için duyduğu sevgi ile de çatışma halindedir. Beşerî kabiliyetlerin bastırılıp ortaya konulmamasının yaratıcılık ve bireysel ilerleme duygusunun bastırılmasının açık bir sebebidir.

Diğer bir ifade ile İslâm mutlak olarak ferdî mülkiyeti engellemez. Sınırsız bir halde bırakmaz. Şanı yüce Allah şöyle buyurmaktadır: *"Ey iman edenler! Sizden karşılıklı rıza ile gerçekleşmiş bir ticaret yolu ile olması hali müstesna mallarınızı aranızda batıl yollarla yemeyiniz."* (Nisâ, 29) *"Onların mallarında dilenen ve mahrum kimsenin bir hakkı vardır."* (Zariyat, 19) *"Rızık hususunda Allah kiminizi kiminize üstün kılmıştır."* (Nahl, 71) *"İşte bu Allah'ın lütfudur, onu dilediğine verir."* (Mâide, 14)

Yüce Resul (a.s.) de şöyle buyurmaktadır: *"Müslümanın her şeyi Müslümana haramdır: Kanı, malı ve namusu..."* (3)

"Sizin kanlarınız, mallarınız şu gününüz, şu beldenizde ve şu ayınızda haram olduğu gibi haramdır." (4)

1- Eski Ezher şeyhi hocamız Mahmud Şeltut'un *el-Cumhuriyye Gazetesi,* 22 Aralık 1961 günkü sayısında yer alan makalesi ile Sıbâî, *İştirâkiyetu'l-İslâm,* 80.

2- Ebu Zehra, a.g.e., 23.

3- Bu hadis-i şerifi Müslim ve başkaları Ebu Hureyre (r.a.)'den rivayet etmişlerdir. *et-Terğîb ve't-Terhîb,* III, 609 vd.

4- Hadisi Müslim, Ebu Dâvud ve Nesei, Cabir b. Abdullah'tan rivayet etmişlerdir. İbn Süleyman er-Revdânî, *Cem'u'l-Fevâid,* I, 474.

"Müslüman bir kimsenin malı gönül hoşluğu ile olmadıkça helâl olmaz."[1]

Buna göre meşru olduğu sürece, fertlerin mülkiyetlerine tecavüz haramdır. Allah Resulü şöyle buyurmuştur: *"Her kim bir karış toprağı zulüm yoluyla alırsa Allah onu yedi kat dibine kadar boynuna dolayacaktır."* [2]

Diğer taraftan İslâm, hırsızlık, gasp, zorla almak, aldatmak, zalim yollarla ihraç ve vergi toplamak ve buna benzer uygulamalara bir takım cezalar tespit etmiş, telef edilmiş malların tazminatını ödemesini istemiştir. Meşru olmayan mülkiyeti iade etmek için İslâm devletinin gerekli müdahaleleri yapması caizdir. Hatta bunları müsadere etmek hakkına da sahiptir. Bu malların taşınır veya taşınmaz olması arasında bir fark yoktur. Nitekim Efendimiz Ömer (r.a.) kendi devrindeki bir takım valilerin mallarının yarısını onlardan almıştır. Bunlar görevlerinden, daha önce sahip olmadıkları mallarla geri döndüğünde, bir kamu maslahatını yerine getirmek maksadıyla böyle bir uygulamaya gitmiştir. Bu kamu maslahatı ise böyle görevleri servet yığmak için bir yol edinmekten ve şüphelerden uzaklaşmaktır. [3] Diğer taraftan mülkiyet, helal ve mübahlarla kayıtlıdır. Rüşvet, aldatmak, faiz, ölçü ve tartılarda eksiklik, karaborsacılık, nüfuz ve otoriteyi kötüye kullanmak gibi haram yollar hiçbir şekilde mülk edinmenin meşru sebepleri olamazlar.

Aynı şekilde adaleti ve kamu maslahatını gerçekleştirmek için, İslâm devletinin meşru mülkiyetlere müdahale etmek hakkı da vardır. Söz konusu bu müdahale, bizzat mülkiyet hakkının esasında olabileceği gibi, mübahın işlenmesini alıkoymak ve İslâm'dan önce veya sonra mübah şeyleri mülk edinmeyi engellemek şeklinde de olabilir. Ancak bu gibi şeylerin kullanılmasının genel bir zarar doğurması şartı aranır. Nitekim feodal mülkiyetin kötülükleri açıkça ortadadır. İşte bu noktadan hareketle adaletli bir İslâm devlet yöneticisinin, kuruluşunun başlangıcında ölü arazilerin ihya edilmesi halinde mülkiyete bir takım kayıtlar getirmek hakkı vardır. Bunları muayyen bir miktar ile sınırlandırabileceği gibi, onlara adil bir bedel ödemek suretiyle de sahiplerinin elinden alabilir. [4] Şu kadar var ki, bu uygulamanın

---

1- Darakutnî, *Sünen*'inde şu lafızla rivayet etmiştir: *"Bir kimseye kardeşinin malından ancak gönül rızası ile verdiği şeyler helâl olabilir."* Bu hadis-i şerifin birçok lafızları vardır. Bunların bir kısmını Hâkim ve İbn Hıbbân, *Sahih*'lerinde Ebu Humeyd es-Sâidî'den şu lafızla rivayet etmişlerdir: *"Hiç bir kimseye gönül hoşluğu olmaksızın kardeşinin sopasını alması dahi helâl değildir." Mecmau'z-Zevâid,* IV, 171; *Nasbu'r-Râye,* IV, 169; *Subülü's-Selâm,* III, 60; Neylü'l-Evtâr, VIII, 152.

2- Bu hadis-i şerif İmam Ahmed, Buhari ve Müslim tarafından Aişe (r.anha)'dan rivayet edilmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 317.

3- *et-Telhîsu'l-Habîr,* 254.

4- Böyle bir durumda, karşılığında bedel ödemek söz konusu değildir. Eğer mal gasp, ihtilâs gibi meşru olmayan bir yolla kazanılmışsa yahut kazanç yolu şüpheli ise müsadere edilir. Peygamber (a.s.) ve ashabı, özellikle Ömer (r.a.) hediye almak gibi, mülk edinmeleri için meşru olmayan bir sebep zikrettikleri veya nereden sahip olduklarını açıklamadıkları takdirde devlet görevlilerinin mallarını müsadere etmiştir.

Müslümanların kamu maslahatı uğrunda yapılması şartı aranır. [1] Fakihlerin kabul ettiği ilkelerden birisi de şudur: Veliyyü'l-emr gerekli bir maslahatı gerçekleştirecek şekilde mülkiyetin mübahlığını sınırlandırabilir. Bu durumda bir sınırı aşarsa sakıncalı bir iş yapmış demek olur. Çünkü veliyyü'l-emr'e itaat bir farzdır ve bu farzı yüce Allah şu buyruğunda dile getirmektedir: *"Ey iman edenler, Allah'a itaat ediniz, Resule de itaat ediniz ve sizden olan emir sahiplerine de..."* (Nisâ, 59) *Emir sahipleri*, İbn Abbas ve Ebu Hureyre'nin de rivayet ettiği üzere; yöneticiler ve valilerdir. Taberî de "doğruya en yakın görüş budur" demektedir.

Veliyyu'l-emrin mülkiyete müdahale etmesinin örneklerinden bazılarını sunalım: Muhammed b. el-Bakır, babası Ali Zeyne'l-Abidîn'den şöyle dediğini rivâyet etmektedir: *"Semura b. Cündüb'ün Ensar'dan birisine ait bir bahçe içinde hurma ağaçları vardı. Kendisi ve aile halkı o bahçeye girer ve bu kişiyi rahatsız ederlerdi. Ensârdan olan kişi bu durumu Resulullah'a arz edip şikâyette bulundu. Resulullah (a.s.) hurma ağaçlarının sahibine: "Onları sat" dedi, o da kabul etmedi. Resulullah: "Kes" dedi, yine kabul etmedi. "Bağışla, onun benzeri sana cennette verilecektir" dedi, yine kabul etmedi. Bunun üzerine Resulullah (a.s.) ona dönüp şöyle buyurdu: "Sen zarar veren bir kimsesin." Daha sonra Ensâr'dan olan kimseye de dönüp: "Git, onun hurmalarını kökünden kopar" dedi."* [2] İşte bu olayda Peygamber (a.s.)'in başkasına haksızlık yapmaya sebep teşkil eden mülkiyete saygı göstermediğinin açık delili vardır. İşte irtifak haklarındaki hükümlerle ilgili olarak: *"Zarar da yoktur, zarara karşılık zarar vermek de yoktur"* [3] diye buyuran odur. Ebu Hureyre (r.a.)'nin rivayetine göre Resulullah (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Sizden her hangi bir kimse komşusunun duvarına çakacağı bir tahta parçasına engel olmasın."* [4] İşte İslâm mülkiyet ile ilgili olarak şuf'a hakkını meşru görmüştür. Bu ise bir taraftan zararı defetmek içindir, diğer taraftan da maslahat kuralını kabul etmektir.

Bu konudaki örneklerden birisi de İmam Malik'in *Muvatta*'ında yaptığı şu rivayettir: *"Dahhâk b. Halife adındaki bir adam, Medine'de bir vadi olan el-Arîd'den bir haliç* [5] *alıp getirdi. Onu Muhammed b. Mesleme'nin arazisinden geçirmek isteyince o bunu kabul etmedi. Dahhâk, bu konuda Ömer b. Hattab (r.a.) ile konuştu.*

1- Prof. eş-Şeyh Ali el-Hafîf, *el-Mülkiyyetu'l-Ferdiyye ve Tahdîduhâ fi'l-İslâm (İslâm'da Ferdî Mülkiyet ve Sınırlandırılması)*, 113, 128 vd.; adı geçen kongrenin yayını.

2- Ebu Ya'lâ el-Ferrâ, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, 285.

3- İmam Malik *Muvattâ*'da, Amr b. Yahyâ'dan, o da babası yoluyla *mürsel* olarak rivayet etmiştir. Ayrıca Ahmed, *Müsned*'inde ve İbn Mace ile Darekutnî de *Sünen*'lerinde, Ebu Saîd el-Hudrî'den *müsned* olarak rivayet etmişlerdir. Bu hadisin birbirini güçlendiren rivayet yolları vardır. Hadis-i şerifte geçen "zarar", başkasına bir kötülük vermek, "zirâr" ise zarara zararla karşılık vermek demektir.

4- Bu hadisi Müslim, Malik, Ahmed ve İbn Mace rivayet etmiştir. *Şerhu Müslim*, XI, 47.

5- Burada *haliç* büyük bir akarsudan, kendisinden yararlanılacak yere doğru açılan küçük su kanalı demektir.

Ömer, Muhammed b. Mesleme'yi çağırdı, ona müsaade etmesini emretti. Muhammed "Hayır" deyince, Ömer şöyle dedi: Kardeşine kendisi için faydalı olacak bir şeyi niye engelliyorsun? Üstelik bu senin için de faydalı olacaktır. Sen başta da sonda da o su ile sulayacaksın, üstelik bunun sana zararı da olmayacak. Bunun üzerine Muhammed: "Allah'a yemin ederim kabul etmiyorum" dedi. Bu sefer Hz. Ömer şöyle dedi: Allah'a yemin ederim, senin karnının üzerinden olsa dahi o suyu oradan geçirecektir. Hz. Ömer Dahhâk'a emir verip suyu oradan geçirmesini söyledi, o da bunu yaptı." [1] İşte bu olay açıkça şuna delâlet etmektedir: Zarar vermekten imtina etmek yeterli değildir. Bilakis Müslümanın mülkünde kendisinin bundan dolayı zarar görmesi söz konusu olmadığı sürece başkasına faydalı olacak şeyleri de yapması (veya bunlara izin vermesi) gerekmektedir.

Mülkiyetin düzenlenmesi veya mülkiyete kayıtlar getirilmesi için bir gerekçe olarak şu kaideler gösterilebilir ve bunlara dayanılarak uygulama yapılabilir: "Zaruretler mahzurları mübah kılar." Diğer taraftan kamu maslahatı ilkesi ve *seddü zerâyi'* (zarara götüren yolları kapamak) ilkesi ile de amel edilebilir. Eğer mülkiyetin sahibi, şanı yüce Allah'ın haklarını engelliyor veya bu mülkiyeti tasallut, zulüm ve tuğyana götüren bir yol olarak kabul ediyor yahut mülkiyeti savurganlık, israf, malları telef etmek, rezaletlere ve fesatların bataklıklarına düşmek için bir araç olarak kullanıyor yahut fitne ateşini, insanlar arasındaki çalkantıları o mülkiyet ile körüklüyor yahut onun vasıtası ile bir takım ihtikârlar, eşyanın fiyatlarıyla oynamalar yoluna gidiyor, malları İslâm yurdunun dışına çıkarmanın yollarını arıyorsa, bu konuda uygun kayıtlamalar getirilebilir. Bu kayıtlamalarla bir grup insanın başbaşa kaldığı fakirliğin zararlarını önlemek yahut da faizle toplanmış bir takım malları heder etmek için kullanılıyor ise [2] bunlara uygun kayıtlar getirilebilir. Şu kadar var ki bu uygulamanın istisnaî olması, gerek duyulan vakte mahsus kalması, sürekli bir yasama olmaması şarttır. Ayrıca sermayenin de kökten yıkılmaması bir başka şarttır.

Mülkiyetin kayıtları:

Mülkiyetin üç kaydı vardır: Birincisi, zararın önlenmesi çerçevesi içerisinde olmalıdır; ikincisi, her şey ferdî mülkiyeti kabul etmez; üçüncüsü, toplumun veya devletin özel mülkiyet üzerinde öngörülmüş bir takım hakları vardır.

1- *Başkalarına zararın önlenmesi:*

Mülkiyet üzerinde ön görülmüş hakların iki temeli vardır:

1- *Muvatta*, II, 218 vd. Yine *Muvatta*'da Hz. Ömer'in hakkında hüküm verdiği buna benzer bir başka olay daha vardır.

2- Faiz ve karaborsacılık azgın kapitalizmin musibetleri arasında yer alır. Çünkü bunlarla kapitalizmde servetler yavaş yavaş belli kimselerin elinde toplanırken, diğer insanların onlardan mahrum kalması sonucu ortaya çıkar. Muhammed Kutub, *Câhiliyyetu'l-Karni'l-İşrîn, (20'nci Asrın Câhiliyyeti)*, 278.

a) Başkalarına zararın önlenmesi. Çünkü İslâm'da bütün haklar zararın önlenmesi kaydı ile sınırlıdır.

b) Eğer buna dair her hangi bir zarar söz konusu değil ise başkasına faydalı olmalıdır. [1].

İlim adamlarına göre zarar dört kısımdır: [2]

a) Gerçekleşmesi kesin olan zarar: Malikin mülkündeki tasarrufu sonucu kendisine tanınmış olan bu hakkı kullanırken başkasına kesin olarak zarar vermesi. Böyle bir zararın hükmü şudur: Eğer hak sahibi mülkünü başkasına zarar vermeksizin kullanabiliyorsa yapılan bu zarara engel olunur. Çünkü kamu-zararını önlemek uğrunda özel zarara katlanırlar. Şayet bu zarar ferdî, özel zarar ise o takdirde hak sahibinin hakkı öncelikle göz önünde bulundurulur.

b) Gerçekleşme ihtimali yüksek olan zarar: Fiilin gerçekleşmesi esnasında böyle bir zararın çokça görülmesi bu tür zararlardandır. Bu durum da önceki gibidir. Yani zararın kesin olarak gerçekleşeceği kabul edilir. Çünkü yüksek ihtimale bağlı zan, amelî hükümlerde kesin seviyesindedir.

c) Çoğunlukla görülmemekle birlikte çokça zarar: Gerçekleştiği takdirde zatı itibariyle çok olan bir mefsedetin o fiilden dolayı meydana gelmesidir. Ancak böyle bir mefsedetin ortaya çıkma ihtimali yüksek değildir.

Bu konuda fakihler arasında görüş ayrılığı vardır. Malikilerle Hanbelîler: "Zararların defedilmesi menfaat celbinden önce gelir" kaidesine göre amel etmek gerektiği görüşündedirler. Bu durumda zararın olma ihtimalinin bulunması, onlara göre fiilin men edilmesi için yeterlidir. Hanefîlerle Şafiîler ise böyle bir fiilin asıl itibariyle meşru olduğu görüşündedirler. Zararın ihtimal dahilinde olması beklenebilecek bir zarar için delil olmaya elverişli olmayacağından sadece zarar ihtimali sebebiyle bir hakkın kullanılmasına engel olunmaz.

d) Az miktardaki zarar: Şer'an kullanılmasına izin verilen hakkın doğuracağı zararın vukua gelmesinin nadiren görülmesi veya zatı itibariyle az olması. Böyle bir şeye azlığı sebebiyle iltifat edilmez, göz önünde bulundurulmaz. Çünkü asıl nazar-ı itibara alınan husus, sabit olan hakkın kendisidir. Başkasına büyük zarar gibi, arazî (geçici) bir durum olmadıkça bu asıl haktan vazgeçilmez.

2- *Bazı durumlarda özel mülkiyetin önlenmesi:*

Bütün mallar ferdî mülkiyet altına alınmaya elverişli değildir. Ferdî mülkiyeti kabul etmeyen üç türlü mal vardır. Bu üç mal, toplumun mülkiyeti altındadır. [3] Bunların dışında kalan ekin ekmek ve sanayi ürünleri gibi özel şeylerin fertler tara-

1- Muhammed Ebû Zehra, a.g.e., 24.
2- Aynı eser, 64-66.
3- Aynı eser, 29 vd.

fından mülk edinilmesi ve bunlarda tasarruf caizdir. Söz konusu bu üç tür aşağıda gösterilmiştir:

a) Mescitler, okullar, yollar, nehirler, hayır için kurulmuş vakıflar ve buna benzer ancak topluma ait olmaları halinde gayelerini gerçekleştiren kamu malları gibi herkese faydalı olan mallar.

b) Maden, petrol, değerli taşlar, su, ot ve ateş gibi şanı yüce Allah'ın yaratması ile var olan mallar. Bu gibi varlıklar insanların gayretleriyle olmuş değillerdir. Madenlerin tümünün devlete ait olması ve kamu menfaatinde kullanılır olması hakkın kendisidir; Malikîlerce tercih edilen görüş budur. Aynı şekilde görülen ve akan madenler hususunda Hanbelîlerin görüşü de budur. Akan (sail) madenler insanların tuz, su, kükürt, petrol, sürme, yakut ve buna benzer herhangi bir masraf veya çaba harcamaksızın elde ettikleri madenlerdir. Katı madenler ise içinde bulundukları arazinin mülk edinilmesi ile mülk olurlar. (1)

Hanefîlerin bu konuda, kitaplarından öğrenilebilecek türden geniş açıklamaları vardır. Şu kadar var ki Hanefîler de madenlerde devletin büyük bir paya sahip olduğunu kabul ederler. Hanbelîlerin görüşünü o mezhebe mensup İbn Kudame'nin şu sözlerinden öğrenebiliriz: "Kısacası zahir madenler, insanların ayrıca bir çaba harcamaksızın elde edebildiği ve kendilerinden kolaylıkla yararlanabildiği tuz, su, kükürt, zift, mumya denen bir çeşit ilaç petrol, sürme, taş, yakut, çamurdan kesilmiş parçalar ve buna benzer ihya ile malik olunamayan ve insanlardan kimseye iktâ olarak verilmesi ya da Müslümanların dışında kimselere tahsis edilmeleri caiz olmayan şeylerdir. Çünkü böyle şeyler yapılacak olursa Müslümanlara zararlı olur ve onların sıkıntı çekmelerine sebep teşkil eder." (2)

c) Mülkiyetleri fertlerden devlete geçen veya devletin üzerlerinde velâyet hakkı bulunan mallardır. Bunların birinci kısmına, Beytülmale geçen, kaybolmuş veya mirasçısı bulunmayan mallar örnek gösterilebilir. Çünkü, "Beytülmal mirasçısı olmayanın mirasçısıdır." İkinci çeşide örnek olarak da fetih yolu ile Müslümanların eline geçen ziraî haraç arazileri gösterilebilir. Mesela, Şam (Suriye), Mısır, Irak, İran ve bunların ötelerinde kalan topraklar devlet mülkiyetindeki madenler gibi değerlendirilir. Onları elinde bulunduran kişinin bu durumu, sadece bu konuda bir yararlanma ve bu yararlanmanın ona tahsis edilmesi manasına gelir. Yoksa tam bir temellük manasını ifade etmez. Yani hem arazinin kendisine, hem de menfaatine birlikte malik olunmaz. Müslüman topraklarının büyük çoğunluğu haraç arazisi olduğuna ve oraları eken kimseler bu arazileri ellerinde mutlak mülkiyet yetkisiyle bulundurmadıklarına göre, veliyyü'l-emr zaruret halinde bu arazileri ellerinde bulunduran kimselerin ellerinden alabilir ve onların yerine başkalarını verebilir. Şu kadar var ki, böyle bir uygulamayı kamu maslahatının gerektirmiş olması gerekir.

1- *el-Muğnî,* III, 28; V, 520.
2- *el-Muğnî,* V, 520.

Resulullah (a.s.)'ın Medine'de bir araziyi koruma altına aldığı sabittir. Bu ise Medine'de "en-Nakî" diye bilinen bir yerdir ve burayı Müslümanların atlarının otlaması için tahsis etmiştir. [1] Yani o, bu araziyi bütün insanların menfaatine hasretmiştir, yani çağımızın ifadesi ile bu arazi toplum için ümmetin mülkiyetine geçirilmiştir; yani ümmetleştirilmiş, devletleştirilmiştir. Ömer (r.a.) de -Mekke ile Medine arasında iki yer olan- Rebeze ve eş-Şeref denilen yerde bir araziyi koruma altına almış, bu arazide biten otları bütün Müslümanlara ait kılmıştır. Bu arazide yaşayan kimseler gelip Hz. Ömer'e şöyle şikayette bulunurlar: Ey mü'minlerin emiri, burası bizim arazimizdir. Cahiliyye döneminde biz bu araziler için savaştık ve bu araziler elimizde iken Müslüman olduk. Sen bunları nasıl olur da (ümmet adına) koruma altına alırsın? Hz. Ömer susup başını önüne eğdi ve bir süre sonra şöyle dedi: *"Mal Allah'ın malıdır, kullar da Allah'ın kullarıdır. Allah'a yemin ederim ki, eğer Allah yolunda bunları binek olarak kullanmamış olsaydım -yani atlar cihat için hazırlanmamış olsaydı- arazinin bir karışını dahi bu şekilde koruma altına almazdım."* Bu rivayetin zahirinden anlaşıldığına göre; Hz. Ömer'in koruma altına aldığı bu arazi, sahiplerinin sağladıkları bir takım menfaatler ve kendilerine yakın olması sebebiyle bir takım alt yapı hizmetlerinin olduğu yerler idi. Ancak kamu maslahatının gerektirmesi üzerine Hz. Ömer bu arazileri sahiplerinden alıp kamu yararına tahsis etmesine engel olmamıştır. [2] Su, elektrik ortaklıkları, petrol, hava taşımacılıkları, kara taşımacılıkları ile bunlar gibi ülkeye kamu menfaati sağlayan ve hayatî önemleri bulunan diğer altyapı hizmetleri de bu türdendirler.

3- Fertlerin mülkiyetlerinde toplumun hakları:

Toplumun veya devletin, fertlerin mal ve mülkiyetlerinde bir takım hakları vardır. Bu haklar yerine getirildiği takdirde büyük servetler parçalanır. Çünkü İslâm malların toplanmasını, hazineler haline dönüştürülmesini hoş karşılamaz. [3] O bakımdan servetin dağılımında toplumsal adaleti gerçekleştirmek için zenginle-

---

1- Bu hadisi Ahmed ve İbn Hibban, İbn Ömer'den rivayet etmişlerdir. Buna göre Peygamber (a.s.) Müslümanların atlarına otlak olmak üzere en-Nakî' denilen yeri himaye altına almıştır. Ahmed ve Ebu Dâvud da bunu es-Sa'b b. Cessâme'den rivayet etmiştir. Bu rivayete göre de Peygamber (a.s.) en-Nakî'i koruma altına almış ve şöyle buyurmuştur: *"Allah ve Resulünün dışında (kimsenin) koruma altına almak yetkisi yoktur."* Buharî'deki rivayet de aynı şekildedir; ayrıca orada şöyle denilmektedir: *"Bize ulaştığına göre Peygamber (a.s.) en-Nakî'i koruma altına almıştır." Camiu'l-Usûl,* III, 331; *Mecmau'z-Zevâid,* IV, 171; *Neylü'l-Evtâr,* V, 308. Arazinin koruma altına alınması, kendileri lehine koruma altına alınanların dışında kimselerin otlatmak ve ikamet etmekten mahrum bırakılması ile olur. Koruma altına almaktan maksat, sadece geçici bir süre, koruyanın ondan faydalanması şeklinde olurdu. Bu süre de, o arazinin otlak olarak kullanılmaya elverişli olabildiği süre ile sınırlı olurdu. Artık otlak olarak kullanılamaz hale gelince koruma da sona ererdi.

2- Ebu Ubeyd, *el-Envâr,* 294-302; Prof. Ali el-Hafîf, a.g. araştırma, s. 108, adı geçen kongre yayını.

3- Bu manada Kur'an-ı Kerim'de bir takım ayet-i kerimeler vardır. Meselâ, yüce Allah'ın şu buyrukları bunlara örnektir: *"Altın ve gümüşü biriktirip yığanlar ve Allah yolunda onları infak etmeyenlere can yakıcı bir azabın müjdesini ver."* (Tevbe, 34), *"Allah kullarına rızkı yayacak olursa, yeryü-*

rin mallarında ihtiyaç sahiplerinin pay sahibi olmaları icap eder. Nitekim toplumun, ümmetin yapısını koruyabilmek için kamu hazinesi gelirlerini desteklemesi konusunda zenginlerin de üzerlerine düşenleri yapmaları gerekir. Zenginlerin mallarında ya da devletin malî gelirlerinde toplum lehine ön görülen kamu hakları aşağıdaki şekilde özetlenebilir." [1]

a) *Zekât:* İslâm'da yerine getirilmesi zorunlu olan bir emirdir. Zenginlerin bunu yerine getirmeleri farzdır. Mal sahiplerinden zekâtları toplama işini devlet yerine getirir. Aynı zamanda devlet zekâtı ödemek için zenginleri zorlamak hakkına sahiptir. Çünkü zekât basit ve sıradan bir sadaka değildir. Günümüzde bu konuda yazı yazan bazı yazarların anladığı gibi değildir durum. Zekât, fakiri küçültücü bir uygulama olmadığı gibi, hem dinen hem de İslâm devletindeki yasaların bir gereği olmak üzere farz olan ve dosdoğru bir haktır. Üretim kabiliyeti bulunan ve artabilen mallardan alınır. Geçmişteki müslümanların örfünde zekât alınan mallar dört kısımdır:

Davarlar: Deve, inek ve senenin çoğunluğunda mübah (serbest) otlaklarda otlayan koyunlar. Bunlardan alınan miktarlar sünnet ve fıkıh kitaplarından öğrenilebilir.

İki Nakit:: Altın ve gümüştür. Bunlardaki zekât oranı yüzde iki buçuktur. Çağımızda banknot bunların yerini tutmaktadır.

Ticaret malları: Bunlardaki zekât oranı da yüzde iki buçuktur.

Ekinler ve meyveler: Bunların zekâtı her hangi bir araç ile sulanmıyor ise onda bir, eğer araç ile sulanıyor iseler yirmide bir kadardır.

b) Savunma ihtiyaçlarının sağlanması: Ümmetin savunulması veya Allah yolunda cihat için gereken ihtiyaçları karşılamak için yeterli servet bulunmuyor ise devlet, insanların mallarına *Mesalih-i mürsele kâidesi* gereğince uygulamaya geçerek bu tehlikeyi ortadan kaldıracak miktarda tek vergi uygulamasına gitmek zorundadır. Gazalî, Karâfî, Şâtibî, Kurtubî, İbn Hazm, el-İzz b. Abdüsselâm ve İbn Abidin gibi [2] birçok İslâm alimi bunun yapılabileceğini açıkça ifade etmiş bulunuyorlar.

c) Fakirlere ihtiyaçlarına yetecek kadar miktar: Devlet yanı şekide zengin-

---

zünde azgınlık yaparlar. Fakat O dilediğini belli bir miktar ile indirir." (Şurâ, 27), *"Şüphesiz insan kendisini müstağnî görmesi sebebiyle azar."* (Alâk, 6), *"Ta ki o mal sizden zenginler arasında dönüp dolaşan bir devlet olmasın."* (Haşr, 7), *"Allah'ın sana verdikleri ile ahiret yurdunu ara, dünyadan da nasibini unutma! Allah sana nasıl iyilik yaptıysa sen de öylece iyilik yap, yeryüzünde fesat çıkarmanın peşine düşme! Şüphesiz Allah fesat çıkartanları sevmez."* (Kasas, 77)

1- Sıbâî, a.g.e., 121, 126 vd.; Prof. Muhammed Ebu Zehra, a.g.e., 76 vd.

2- ez-Zuhaylî, *el-Vasît fî Usûli'l-Fıkh,* 424; *el-I'tisâm,* II, 121; *el-Furûk,* I, 141; *el-Mustasfa,* I, 303 *İbn Abidin,* II, 42; *el-Muhallâ,* VI, 156-159, 1349 H. baskısı.

lerden fakirleri müstağni kılmalarını isteyebilir. Çünkü devlet aynı zamanda fakirleri de temsil eder. Peygamber (a.s.) Ali b. Ebu Talib'in rivayetine göre şöyle buyurmuştur: *"Allah Müslümanların zenginlerinin mallarında fakirlerinin ihtiyacına yetecek kadarını farz kılmıştır. Fakirler eğer aç kalır veya çıplak kalırlarsa bu sıkıntılarını ancak zenginlerinin yaptıkları sebebiyle çekerler. Şunu biliniz ki Allah bu gibi kimseleri sıkı bir hesaba tabi tutacaktır ve onları çok acıklı bir azap ile azaplandıracaktır."* [1] Yine Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Herhangi bir bölgede yaşayan insanlar arasında aç bir kişi bulunacak olursa Allah Teala'nın onlar üzerindeki himayesi kalkar."* [2]

Yine Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Şüphe yok ki malda zekâtın dışında da bir hak vardır."* [3] Efendimiz Ömer (r.a.) de şöyle demiştir: *"Eğer geride bıraktığım durumlar gelecekte önüme çıkacak olsaydı zenginlerin malarının ihtiyaç fazlasını alır onları fakirlere geri verirdim."* İbni Hazın [4] *el-Muhallâ* adlı eserin de şunları söylemektedir: "Her beldedeki zenginlerin orada bulunan fakirlerin ihtiyaçlarını karşılamaları farzdır. Eğer zekâtlar onların ihtiyaçlarına yeterli gelmiyor ise ve Müslümanların diğer mallarında ihtiyaçlarını karşılayacak kadarı bulunmuyor ise devlet yöneticisi onları buna mecbur eder. O bakımdan onlar için zaruri mik-

1- Taberanî, *el-Evsat ve es-Sağîr* 'de rivayet etmiş ve şöyle demiştir: Bu hadisi sadece Sabit b. Muhammed ez-Zahid rivayet etmiştir. Hafız İbn Hacer de şöyle demektedir: Sabit, güvenilir ve doğru sözlü bir kimsedir. Buharî ve başkaları ondan rivayet etmiştir. Diğer ravilerinde ise bir sakınca yoktur. Ayrıca bu hadis-i şerif Ali (r.a.)'ye mevkuf olarak rivayet edilmiştir, bunun doğru olma ihtimali daha yakındır. *et-Terğîb ve't-Terhîb,* I, 538; *Mecmau'z-Zevâid,* III, 62.

2- Bu hadisi Hakim ve Ahmed, şu lafızla rivayet etmiştir: *"Her kim yiyecek bir şeyi kırk gün süre ile ihtikâr yapacak olursa, (depolasa) Allah ile hiçbir alakası kalmadığı gibi, Allah da ondan uzak olur. Her hangi bir yerde bulunanlar arasında bir kimse aç olarak sabahlayacak olursa, Allah'ın himayesi de onların üzerinden kalkar."* Bu hadisin senedinde Asbağ b. Zeyd ile Kesîr b. Murre vardır. Birincisi hakkında ihtilâf edilmiştir. İkincisi ile ilgili olarak İbn Hazm; "O meçhul bir ravidir" derken, başkaları bilinen bir ravidir, demişlerdir. İbn Sa'd ise *sika* olduğunu belirtir. Ayrıca bir grup ondan hadis rivayet etmiş, Neseî de onun hadisini delil göstermiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 221.

3- Bu hadisi Tirmizî, Fatıma binti Kays'tan şu lafızla rivayet etmiştir: *"Malda zekâtın dışında da bir hak vardır."* Ayrıca şu ayet-i kerimeyi okudu: *"Birr (iyilik), yüzlerinizi doğu ve batı tarafına çevirmeniz değildir. Fakat Birr Allah'a ve ahiret gününe inanan ... inkidir."* (Bakara, 177) Tirmizî: "İsnadı pek o kadar kuvvetli değildir" demiştir. *et-Telhîsu'l-Habîr,* 177; el-Cassas, *Ahkâmu'l Kur'ân,* I, 153. Ayrıca İbn Hazm, İbn Ömer'den şöyle dediğini rivayet etmektedir: *"Malda zekâtın dışında da bir hak vardır."* Daha sonra İbn Hazın şöyle demektedir: Şa'bî ve Mücâhid ile Tâvus ve başkalarından şöyle dedikleri sahih olarak rivayet edilmiştir: *"Malda zekâtın dışında da bir hak vardır."* Daha sonra İbn Hazın şunları söylemektedir: Bu konuda hiçbir görüş ayrılığı yoktur, bundan tek istisna ed-Dahhâk b. Müzâhim'dir, o da bu konuda hüccet kabul edilmez.>

4- İbn Hazm, Ebu Zerr el-Ğıfârî'den sonra sosyal konularla oldukça yakından ilgilenmiş bir kimsedir. O, hükümlerin çıkarılmasında, hükümlerin düzenlemek maksadıyla geldiği insanî hayatı göz önünde bulunduran ilk kimsedir. O, insan hayatına baktıktan sonra toplumdaki fakirlik probleminin farkına varmıştır. Fakirliğin en önemli belirtileri arasında ise açlık, çıplaklık ve barınacak yer bulamama gibi hususlar yer almaktadır. Gerçekten bunlar insanlığın temel ihtiyaçları arasında yer

tar yiyecek temin edilir, yaz ve kış da aynı şekilde giyecek temin edilir. Yağmurdan, soğuktan ve sıcaktan ve gidip gelenin gözlerine karşı onları koruyacak bir mesken de temin edilir." (1)

d) *Yakın akrabalara infak:* İnsanın baba, dede, çocuk ve bunların fürulan muhtaç oldukları takdirde, yeteri kadar ihtiyaçlarını karşılaması üzerine farzdır. Kardeşler, onların çocukları, amcalar, halalar, dayılar ve teyzeler hususunda ise bunlara infak gereği konusunda mezhepler arasında görüş ayrılığı vardır. Hanefîler amca, kardeş, kardeşin oğlu, hala ve dayı gibi mahrem olan bütün akrabalara infakta bulunmasını farz kılmış, Hanbelîler ise isterse tayin edilmiş bir farz (miktar) veya asabe yoluyla mirasçı olsun, kardeş, amca, amca çocuğu gibi bütün akrabalara nafaka verilmesini mecburî tutmuştur. Amca kızı, dayı ve teyze gibi akrabalar için ise farz olmadığı görüşündedirler.

e) *Fıtır sadakaları:* Her erkeğin, nafakalarını sağlamak zorunda olduğu hanımı, çocuğu ve hizmetçisi durumunda olan kimselerin fıtır sadakalarını ödemesi vaciptir.

f) *Kurbanlar:* Ebu Hanife'ye göre, senede bir defa kurban kesmek vaciptir. İmamların cumhuruna göre ise müekked bir sünnettir.

g) *Adaklar ve kefaretler:* Mümin Allah rızası için belli bir malı bağışlamayı adadığı takdirde bu adağını yerine getirmekle mükelleftir. Aynı şekilde yemininde durmamak, zihar ya da ramazan ayında oruç açmak gibi dinî bir takım görevleri ihlâl etmek sebebiyle bazı günahlar karşılığında fakir ve yoksulları yedirmek suretiyle kefaret ödemesi icap eder. Oruç ile ilgili bu tür kefaret, aciz olan kimseler içindir. Aynı şekilde oruçlu iken gündüzün cima etmek ve buna benzer hac ile ihram esnasında yerine getirilmesi gereken farzlara riayet etmemek gibi orucun ve haccın hurmetini çiğnemek halinde de kefaret söz konusudur.

İslâm'ın teşvik ettiği Allah yolunda pek çok infak türü vardır. Diğer taraftan beytülmalin, vakıf ve ganimetler gibi başka bir takım gelir kaynakları da vardır. İşte bu, İslâm'da sosyal dayanışmanın esasını gerçekleştirir.

Aynı şekilde mallar üzerinde ahlâkî ve dinî bir takım kayıtlar da vardır ki, İslâm devletinin kazanç yollarını göz önünde bulundurması gerekir. Böylelikle sömürüyü, servetler dengesinin bozulmasını önlemek imkânını elde etmiş olacaktır. Mesela faizin, karaborsacılığın, kumarın, aldatıcılığın, dolandırıcılığın, kandırma-

alır. İbn Hazm daha sonra farzın zekâttan ibaret olmadığını, İslamî görevin ancak fakir kesim için şerefli bir hayat araçlarını temin etmekle tamamlanabileceğini ve bu şekilde fakirlerin zenginlerin mallarında, zekât ile kayıtlı olmamak üzere hak sahipleri olduklarını, devletin de fakirlerin ihtiyaçlarını kapatması mümkün olacak kadarını zenginlerden alabileceğini belirtmiştir. Dr. İbrahim el-Lebbân'ın adı geçen kongre yayını arasında *Hakku'l-Fukarâ fi Emvali'l-Ağniya* (Zenginlerin Mallarında Fakirlerin Hakkı) adlı incelemesi, s. 249 vd.

1.- *el-Muhallâ,* VI, 452, mesele: 725.

nın, kalitesiz malları kaliteli gibi göstermenin, ölçü ve tartıları eksik tutmanın ve buna benzer tutumların yasaklanması icap eder.

Kısaca; İslâm dininde şahsî mülkiyet hakkı üzerinde birçok kayıt bulunmaktadır. Bu kayıtların bir kısmı zorunlu ve yasal, bir kısmı da dinî ve ahlakidir. Bunlar, İslâm dininin sağlıklı bir şekilde anlaşılmasını ve kapsamlı bir şekilde uygulanmasını gerektirir. Çünkü İslâm, hayat için kapsamlı ve genel bir düzendir. Onun teşriî hükümleri, ibadetler de dahil olmak üzere birbirini tamamlar ve bütün bunlar hem modern hayatın gereklerini, hem de çağdaş iktisadî hayatın zorunluluklarını çözebilecek özelliklerdir.

ARAZİYE DAİR HÜKÜMLER

İslâm egemenliği altında bulunan araziler, müslümanların ya fetih yoluyla aldıkları veya eskiden beri üzerinde yaşadıkları arazilerdir. Bu iki tür araziyi iki başlık altında aşağıdaki şekilde ele alacağız:

1. Fetih yoluyla ele geçirilen arazilere dair hükümler,

2. İslâm devleti sınırları içerisinde bulunan arazilere dair hükümler.

1. Fetih Yoluyla Alınan Arazilerin Hükümleri

Müslümanların ele geçirdikleri araziler üç kısımdır: Zorla ele geçirilmiş araziler, orada bulunan halkı sürgün edildiği için kendiliğinden ele geçmiş araziler ve sulhen ele geçmiş araziler.

1- Zorla (anveten) fethedilmiş araziler:

Bu gibi arazilerin mülkiyeti mücerret istilâ ile fatihlere intikal eder. Bu görüş Malikîlerin meşhur olan görüşleri ve Hanbelîlerin, görüşleridir. Çünkü böyle bir arazi, istilâ yoluyla ele geçirilmekle daha önce Müslümanlara karşı savaş veren kimselerin mülkiyetleri üzerlerinden zail olmuş bir maldır. Dolayısıyla bunlar öncelikle ele geçirmekle mülk edinilen mübah şeyler durumunda olur. Bu gibi malın mülk edinilmesi, ele geçirilmesi (ihrazı) ile tamamlanır.

Şafiîlere göre arazilerin ve taşınır malların mülk edinilmesi istila, karşılıklı rıza, taksim veya mülk edinmeyi tercih etmekle gerçekleşir. Şafiîlerin görüşüne göre ise, arazilerin mülkiyeti ancak Daru'l-İslâm'a eklenmeleri veya fiilen ele geçirilmesi ve onun Daru'l-İslâm'dan bir parça haline getirilmesiyle ancak mümkün olabi-

lir.

İster anveten (zorla), ister sulhen fethedilmiş olan mevat (ölü) arazinin, ancak ihya ile mülk edinileceği hususu üzerinde ittifak vardır. [1]

İstilâ ile ele geçirildikten sonra bu arazilerin maliki olanların hükmü hakkında fakihler arasında görüş ayrılıkları vardır:

Ashâbın çoğunluğu, Şafiîler ve Zahirîlere göre: [2] Bu gibi arazilerin mülkiyetinin sahiplerinden müslümanlara -ganimetlerde olduğu gibi- intikal ettiği kanaatindedirler. Bu ganimetlerin beşte biri bu konudaki ayet-i kerimenin zikrettiği kimselere aittir: *"Bilin ki ganimet olarak aldığınız her hangi bir şeyin beşte biri Allah'ın, Resulünün... dır."* (Enfâl, 41) Ganimetler ise, üstünlük sağlamak ve kahretmek yoluyla harp ehlinden anveten (zorla) alınan mallardır.

Geriye kalan beşte dört ise, ganimeti ele geçirenlere aittir. Şayet ganimeti alan kimseler bunları her hangi bir bedel karşılığında veya bir başka şekilde gönül hoşluğu ile bırakacak olurlarsa veliyyü'l-emr (İslâm devlet yöneticisi) bunları Müslümanların menfaatlerine vakfeder.

Malikîlerin meşhur görüşlerine göre: [3] Bu gibi araziler mücerret ele geçirmek suretiyle Müslümanlara vakfolur. Ayrıca İslâm devlet başkanının bunları vakfetmesine imkân yoktur; kimsenin de mülkü olmazlar. Bu gibi arazilerin haraçları [4] savaşçıların geçimleri, köprü ve mescit yapımı ve buna benzer türlü hayır yolları gibi Müslümanların menfaatine olan alanlara harcanır. Ancak veliyyü'l-emrin her hangi bir zamanda maslahatın bunu paylaştırmayı gerekli görmesi hali bundan müstesnadır.

İmam Ahmed'den gelen rivayetler arasında azhar olanlarına göre: [5] İmâm (İslâm devlet başkanı, halife) bu gibi arazileri paylaştırmak veya vakfetmek gibi hangisini daha uygun görürse onu yapar. Söz konusu bu vakıf ise, ücret olmak üzere belirlenecek daimî bir haraç mukabili olur. Böyle bir arazi de haracî-öşrî arazidir. Ondan istifade eden, ürün alan kişi öşür verir, haraç da arazisinin rakabesi (kendisi) üzerine olur.

1- *el-Hirşî,* ikinci baskı, III, 128; ed-Debûsî, *Te'sisu'n-Nazar,* 57; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 234; *el-Mühezzeb,* II, 241; İbn Receb, *el-Kavâid,* 189, 411 vd.; *el-Muğnî,* VIII, 422; *Miftahi'l-Kerâme,* VII, 7; *el-Bahru'z-Zehhâr,* II, 215.

2- *el-Ümm,* IV, 103, 192; en-Nevevî, *er-Ravda,* -elyazma-, II, V, 24 b.; *el-Muhallâ,* VII, 241.

3- *el-Hirşî,* III, 128; *el-Müdevvene,* III, 27; *el-Hattâb,* III, 366; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 148.

4- Sözlükte *haraç,* araziden elde edilen mahsul, kira yahut kölenin ücreti ve buna benzer şeyler demektir. Daha sonra sultanın aldıkları şeylere haraç denirdi. Bu bakımdan haraç, zekâtın dışındaki vergileri cizye ve fey' mallarını da kapsamına almaktadır. Çoğunlukla arazi üzerindeki vergi hakkında özel bir terim olarak kullanılır.

5- *Zâdu'l-Meâd,* II, 173; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* I, 538; *el-Muharrar,* II, 178; İbnü'l-Kayyım, *Ahkâmu Ehli'z-Zimme,* 102.

Hanefîlere göre: [1] İslâm devlet başkanı serbesttir. İsterse böyle bir araziyi Müslümanlar arasında paylaştırır. Nitekim Resulullah (a.s.) Hayber'de böyle yapmıştır. Dilerse arazi halkını orada bırakır, onları cizyeye bağlar, topraklarını da haraca bağlar. O takdirde bu araziler haraç arazisi olur, üzerinde yaşayan halk da zimmet ehlidir. İbn Abidin şöyle demektedir: "İhtiyaç sahibi oldukları takdirde arazinin ganimeti ele geçirenler arasında paylaştırılması daha uygundur. İhtiyaç sahibi olmamaları halinde ise araziyi sahipleri elinde bırakmak daha uygundur. Böylece bu arazi gelecekte de Müslümanlar için bir hazırlık olur

Deliller:

Yaptığımız bu açıklamalardan fakihlerin, ganimet alanlar arasında paylaştırılmasının caiz olduğu üzerinde ittifak ettikleri açıkça anlaşılmaktadır. Çünkü yüce Allah'ın şu buyruğundaki ifade geneldir: *"Bilin ki, ganimet olarak aldığınız her hangi bir şeyin beşte biri Allah'ın, Resulünün, hısımlarının, yetimlerin, yoksulların ve yolcunundur..."* (Enfâl, 41) Yani ganimetin beşte biri ayet-i kerimenin zikrettiği kimselere veya devlete aittir. Geriye kalan beşte dört ise, ganimeti elde edenlerin mülkü olur. Bu konuda mezhep imamları arasında görüş ayrılığı yoktur. Bunun delili ise ganimette hakkın yüce Allah'ın: *"Ganimet olarak aldığınız"* buyruğunda ganimet alanlara isnat edilmesidir. Allah burada ganimeti, mülkün malikine isnat edilmesi şeklinde ifade etmiş bulunmaktadır.

Başka delil ise, sünnetin açıkladığı delillerdir. Peygamber (a.s.) bu konuyu hem sözleriyle hem de uygulamalarıyla açıklamış bulunmaktadır. Sözleriyle yaptığı açıklamalara örnek: *" Her hangi bir beldeye varıp orada ikamet ederseniz, sizin payınız ondadır. Her hangi bir belde ise Allah'a ve Resulüne asi olmuş ise, onun beşte biri de Allah'ın ve Resulü'nündür; daha sonra ise o sizindir."* [2] Burada birinci "belde" ile anlatılmak istenen fey'dir; fey'in harcama yerlerine harcanır. İkinci "belde" ile anlatılmak istenen ise Müslümanların zorla ele geçirdikleri yerlerdir. Bu gibi yerler ganimet olur ve bunun beşte biri çıkartılır; geriye kalanları ganimet alanlara aittir. İşte: *"Sonra o sizindir"* ifadesinin manası yani geri kalanı size aittir, demektir.

Hz. Peygamber'in fiilî sünnetinden delile gelince: Ondan sabit olduğuna göre o, Hayber'i sulhen değil zorla fethettikten sonra ganimet alanlar arasında paylaştırmıştır. Aynı şekilde Kureyzaoğulları ile Nadiroğullarının mallarını da [3] İbnü'l-Kayyim'in *Zadü'l-Meâd*'da zikrettiği gibi paylaştırmış bulunmaktadır.

1- *el-Mebsût,* X, 15; 37; *Dureru'l-Hukkâm,* I, 285; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 303; *İbn Abidîn,* III, 316 353.

2- Bu hadisi Ahmed, Müslim ve Ebu Dâvud rivayet etmiştir. *Müslim Şerhi,* XII, 69; Ebu Ubeyd, *el-Emvâl,* 57.

3- *Müslim Şerhi,* XII, 91, 164; *Aynî,* XV, 46; Ebu Dâvud, *Sünen,* III, 217; *Zâdu'l-Meâd,* II, 68; *Neylü'l-Evtâr,* VIII, 12.

Medine ise Kur'an-ı Kerim ile fethedildi. Ora halkı İslâma girdi. Mekke halkına gelince, Resulullah (a.s.) burayı savaşarak fethettiği halde paylaştırmadı.

Hz. Ömer (r.a.) ise şöyle demiştir: *"Nefsim kudreti altında olana yemin ederek söylüyorum ki, eğer sonradan gelecek olan insanları hiç bir şeyleri olmayan yoksullar olarak bırakmayacak olsaydım* [1] *fethettiğim her bir beldeyi Resulullah (a.s.)'ın Hayber'i paylaştırdığı gibi paylaştırırdım. Fakat ben bu fethettiğim beldeleri Müslümanlar için bir hazine gibi saklıyorum. Onlar bundan paylarını alacaklardır."* [2] O bakımdan Hz. Ömer arazinin paylaştırılmaksızın bırakılması görüşüne sahiptir.

İslâm devletinin başkanı fethettiği araziyi paylaştırmak zorunda mıdır?

Şafiîlerle Zahirî mezhebi âlimlerine göre: Kur'an ve Sünnet gereğince amel etmek üzere arazilerin de diğer mallar gibi ganimet olarak paylaştırılması gerekmektedir. Çünkü bu konuda akar ile taşınır mallar arasında bir fark yoktur. Diğer taraftan ganimetlere dair ayet-i kerimedeki ifade de umumidir: *"Şunu bilin ki aldığınız ganimetlerin..."* denilmektedir ki, bu da paylaştırmanın farz olduğunu ifade eder. Bu umumi olan lafız bir yana mücmel (açıklanmamış) olan ifadelerin beyanı durumunda olan Resulullah (a.s.)'ın fiilî uygulamasıyla da uyum arz etmektedir.[3]

Haşr suresinde yer alan: *"Allah'ın kasaba halklarından Resulüne verdiği fey'e (paya) gelince..."* (Haşr, 6) ayet-i ise, fey hakkındadır. Yani savaş olmaksızın Müslümanların eline geçen mallarla ilgilidir. Çünkü bu ayetin zahirinden anlaşılan budur.

Şayet imam (İslâm devlet başkanı) araziyi taksim etmeyecek olursa, ganimet alanların gönlünü hoş etmesi görevidir. Nitekim Resulullah (a.s.) Huneyn günü Hevazin kabilesinden aldığı esirleri elinde bulunduran ganimet sahiplerinin gönlünü hoş ettiği gibi, Hayber ve Beni Kurayzalılar hakkındaki uygulaması da böyle olmuştur. [4] Aynı şekilde Ömer (r.a.) de Irak toprakları fethedildikten sonra bedelli veya bedelsiz olarak gönüllerini hoş etmişti. Bundan sonra arazi daha önce ganimet olduğu hâlde, sonradan umumi maslahat için yapılmış bir vakıf, yani fey durumuna

1- Hz. Ömer'in anlatmak istediği şudur: Şayet ben onları hiç bir şeyleri olmaksızın, yani hepsini de fakir terketmeyecek olsaydım... demektir. Çünkü fethedilen ülkeleri ganimet alanlara paylaştıracak olsa, paylaştırma esnasında hazır bulunmayanların hakkı kalır. Daha sonra gelecek Müslümanlara o paylarından hiçbir şey kalmaz. İşte. Hz. Ömer bütün Müslümanlar arasında ortak yararlanılan bir gelir kaynağı olması için paylaştırmaksızın bıraktı. *Fethü'l-Bârî,* VII, 395; İbnu'l-Esîr, *en-Nihâye,* I, 69.

2- Buharî, *Sahih,* IV, 86.

3- *Bidâyetu'l-Müctehid,* I, 388; *Mecmau'z-Zevaîd,* V, 340.

4- Buharî, Beyhakî ve başkaları rivayet etmiştir. Beyhakî, *Sünen,* IX, 64, 136; *el-Bidâye ve'n-Nihâye,* IV, 352.

geçti. Ömer (r.a.) Cerir el-Becelî'ye payına karşılık bir bedel verdiği gibi, yine Becele'li bir kadına babasının payı mukabilinde bir bedel vermişti. Çünkü ganimet alanların ganimetteki hakkı istilâ sebebiyle fetih sebebiyle sabit olmuş bir haktır. İmam, arazileri nakledilir mallar gibi ehlinin elinde bırakmak suretiyle böyle bir hakkı askıya almak imkânına sahip değildir. Aralarından her kim gönül hoşluğu ile böyle bir uygulamaya razı olursa o da onun hakkıdır; kendi hakkında herkesten daha çok bir hak sahibidir. (1)

Meşhur olan görüşlerinde Malikîlere göre: (2) Mücerret istila edilmesiyle arazi vakıf olur. Yani imamın bu konudaki ibaresine ihtiyaç olmaksızın tabiî, lazımî bir sonuçtur. Diğer taraftan mücahitlerin gönüllerinin bu konuda hoş tutulmasına da gerek yoktur. Onlar bu konuda Hz. Ömer'in uygulamasını delil gösterirler. Nitekim Hz. Ömer Mısır, Şam ve Irak gibi fethettiği arazileri vakfetmiştir.

Hanefîlerle Hanbelîlere göre: Aslolan imamın araziler konusunda muhayyer olduğudur. O dilerse bu arazileri paylaştırabilir, dilerse vakıf olarak bırakabilir. Hz. Ömer (r.a.) ise bu konuda hakkını kullanmış ve arazinin vakıf olmasını kararlaştırmıştır. Yani toprak üzerinde yaşayan maliklere yalnızca menfaatin mülkiyetini vermek, rakabesini kendisini de devletin mülkiyetine vermek suretiyle İslâm cemaatine mülk olmasını tercih etmiştir.

Arazinin vakfedilmesi hususunda imama muhayyerlik verileceği görüşünü kabul edenlerin delilleri:

Bu görüşü savunanlar aşağıdaki delilleri ileri sürerler. Bu deliller aslında Ömer (r.a.)'in delilleridir:

1- Enfâl suresinde yer alan: *"Bilin ki, ganimet olarak aldığınız her şeyin..."* (Enfâl, 41) ayeti ile Haşr suresinde yer alan: *"Allah'ın, onların mallarından resulüne fey' olarak verdiği..."* (Haşr, 6-10) buyrukları aynı konuda varit olmuştur. Bununla birlikte Haşr suresindeki ayet-i kerimeler Enfâl suresindeki ayet-i kerimeleri tahsis etmektedir. Yani Enfâl suresinin ayet-i kerimesi daha önce hem araziyi hem de taşınır malları kapsamakla birlikte, Haşr suresindeki ayet-i kerime araziyi istisna ederek bu ayet-i kerimeyi tahsis etmiştir. Arazi hususundaki hüküm ise Haşr suresinde yer alan ayet-i kerime, imama uygun göreceği maslahata göre tasarrufta bulunma hakkını vermiş bulunmaktadır: Ya araziyi vakfedecektir yahut da onun sahiplerinin elinde bırakacak ve araziye haraç koyacaktır. Çünkü Enfâl suresinde yer alan ayet-i kerime beşte bir ve beşte dört şeklindeki paylaştırmayı farz kılarken, Haşr suresindeki ayet-i kerime ise beşte bir söz konusu olmaksızın Müslümanlar arasında paylaştırmayı ön görmektedir. Bu konuda yetki devletindir. O takdirde imam beşte birlere bölmek ile bunu terketmek arasında muhayyer olur. Böylelikle

1- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 234; *Şerhu'l-Mecmu',* I, 274.

2- *el-Hattâb,* III, 366; *Minahu'l-Celîl,* I, 735, *Bidâyetu'l-Müctehid,* I, 387; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye* 148.

bu iki ayet-i kerime birlikte mütalaa edilmiş olur. [1] Usul alimlerinin bir çoğuna göre ise karşıt gibi görünen delilleri bir arada mütalaa etmek, ortada neshin olduğunu söylemeye tercih edilir. Yani bazılarının söyledikleri gibi, Haşr suresindeki ayet-i kerimenin Enfâl suresindeki ayet-i kerimeyi neshettiği iddiasından öne alınır. [2]

Resulullah (a.s.) Enfâl suresindeki ayet-i kerime ile amel ettiği gibi, Ömer (r.a.) de Haşr suresinde yer alan fey' ayet-i ile amel etmiştir. Peygamber (a.s.)'in uygulaması ise Hz. Ömer'in uygulamasına ters düşmek durumunda değildir. Çünkü Allah Resulünün fiili ya o konuda yapmış olduğu fiilin niteliğini bilemediğimiz için mübahlık ifade eden bir uygulamadır veyahut da vacip kılmak üzere yapmıştır. O takdirde de bu, muhayyer bırakılmış bir vacip olur. Bunun delili ise Hz. Ömer'in bir başka vacip özelliğini çıkardığı ayet-i kerimedir. [3] Ömer (r.a.) şöyle demiştir: *"Bu ayet-i kerime (Haşr suresindeki ayet) kıyamet gününe kadar gelecek bütün insanları kapsamına almaktadır"* [4]Yine Hz. Ömer şöyle demiştir: *"Allah'a yemin ederim, kendisine verilsin veya verilmesin bu malda hakkı olmayan hiç bir Müslüman yoktur. Aden bölgesindeki çobanın dahi bunda hakkı vardır."* [5]

Buna göre Haşr suresindeki ayet-i kerime bütün mü'minleri kapsamakta ve bu konuda hak sahibi olmak bakımından önce gelenleri de sonra gelenleri de ortak olarak ilân etmektedir. Bunu gerçekleştirmek ise ancak arazinin paylaştırılmaması ile mümkün olur. Malikîlere göre vakfın manası işte budur. Ancak bu vakıf, rakabedeki mülkiyetin naklini engelleyen vakıf manasına değildir, bilakis böyle bir arazinin satılması caizdir. Nitekim ümmetin malı de bu şekildedir. İlim adamları böyle bir arazinin miras olarak alınacağı üzerinde icma etmiştir. Öbür tür vakıf ise miras alınmaz. Buna benzer böyle bir vakıf ile öbür türlü vakıflar arasında farklar bulunmaktadır. [6]

2- Resulullah (a.s.) bazı kasabaları taksim etmeksizin bırakmıştır. Mekke'yi fethederek (savaşarak) ele geçirmiş olmakla birlikte [7] orada da bir takım mallar olduğu hâlde bunları paylaştırmadı. Ayrıca o Kurayza ve Nadir oğullarına karşı da zafer kazanmış, diğer taraftan Arap olmayan bir takım kimselerin de yurtlarını ele geçirdiği hâlde Hayber dışındaki arazilerden hiç birisini paylaştırmamıştır. Buna göre İmam (İslâm devlet başkanı) serbesttir: Eğer Resulullah (a.s.)'ın paylaştırdığı

1- *Fey'*, savaşmadan alınan maldır. Böyle bir mal Müslümanların menfaatlerine harcanır. Veliyyu'l-emr bu konuda maslahat gördüğü yere harcar. Şafiîlerin aksine cumhura göre fey'de beşte bir yoktur. *Bidâyetu'l-Müctehid,* I, 321; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 147, 150; *Nihâyetu'l-Muhtâc,* 106.

2- İbn Rüşd, *el-Mukaddimât,* I, 271 vd.

3- eş-Şeyh el-Fezârî, *ed-Dürratü'l-Yetîme fi'l-Ganîme,* vr, 102.

4- Ebu Dâvud rivayet etmiştir. *Sünen,* III, 195; *el-Kastalanî,* V, 201.

5- İbn Ebu Şeybe ve Beyhakî rivayet etmiştir. Beyhakî, *Sünen,* VI, 351.

6- *el-Munteka,* III, 223 vd.; *Zâdu'l-Meâd,* II, 69.

7- Nitekim Müslim, *Sahîh*'inde de bu şekilde rivayet etmektedir. Ulemaya göre daha sahih olan görüş de budur. *Bidâyetü'l-Müctehid,* I, 388.

gibi o da paylaştırırsa, yaptığı bu iş güzeldir. Şayet Resulullah (a.s.)'ın Hayber dışındaki yerleri paylaştırmadığı gibi o da terkedecek olursa bu iş de güzeldir.(1)

3- Sahabenin Hz. Ömer'in görüşü üzere icma etmeleri ve bunu kabul etmeleri. Irak toprakları fethedilince oranın arazilerini sahiplerinin elinde bırakmış ve o topraklarda yaşayan kimselere cizye yüklemişti. Topraklarından da haraç almayı kararlaştırmıştı. Bunu da ashabın huzurunda yapmıştı. Bu konuda, daha önce işaret ettiğimiz Haşr suresindeki ayetleri delil göstermişti. Her hangi bir kimsenin onun bu görüşüne karşı çıktığına dair rivayet nakledilmiş değildir. O hâlde onlar bu konuda icma etmişlerdir. Hz. Bilal ve Selman gibi işin başında muhalefet edenler ise, bu delillendirmeden sonra görüşlerinden vaz geçip Hz. Ömer'e muvafakat etmişlerdir. (2)

4- Aklî delil: İslâm fetihlerinin doruk noktasına ulaştığı sırada dünyanın büyük bir kısmını neredeyse kapsayacak kadar büyük olan fethedilmiş araziler, eğer ganimet elde edenler arasında paylaştırılmış olsaydı, arkalarından gelecek kimselere ne kalacaktı?

Diğer taraftan İslâm devleti Müslümanların kamu maslahatlarında harcamalar yapmak üzere hazinesine nereden gelir temin edecekti?

İşte bundan dolayı Ömer (r.a.) Haşr suresinde bulunan fey'e dair ayet-i kerimeleri okuduktan sonra şöyle demiştir: *"İşte Allah sizden sonra gelen kimseleri de bu feyde ortak kılmış bulunmaktadır. Ben bunu paylaştıracak olursam sizden sonrakilere bir şey kalmayacaktır. Eğer hayatta kalacak olsam, San'a'daki çobana dahi bu fey'den payı yüz suyu dökmeksizin ulaşmış olacaktır"*

Aynı şekilde Hz. Ömer bu konuda şöyle demiştir: *"Ne dersiniz, bizim bu serhatlerin mutlaka orada kalıp onları koruyacak kimselere ihtiyaçları vardır değil mi? Ne dersiniz Şam, Cezire, Kûfe, Basra ve Mısır gibi büyük şehirler hakkında? Bunların da mutlaka askerlerle doldurulması ve bu askerlere de atıyyelerinin (maaşlarının) devamlı verilmesi gerekir değil mi? Peki ben bu arazileri ve bu araziler üzerinde yaşayan insanları paylaştıracak olursam, bunlara bu sözünü ettiğim maaşlar neden verilecek, masraflar neden yapılacak?" Bunun üzerine hepsi: Gerçekten görüşün çok isabetlidir, ne güzel söyledin, görüşün ne kadar da yerindedir" dediler."* (3)

Arazi, ganimet alanlar arasında taksim edilecek ve bunlar ziraatle uğraşacak olurlarsa, bu sefer cihadı da terkederler, İslâm ümmeti de çabucak zayıflayıverir ve bu topraklar ümmetin ellerinde bulunanlara göz dikenler tarafından talan ediliverir. Hatta bu konuda kamu iktisadı açısından oldukça önemli bir nokta vardır. Çünkü

1- *el-Kastalânî,* V, 202; *Zâdu'l-Meâd,* II, 69; *el-Harâc,* 68; İbn Teymiyye, *el-Kıyâs,* 40.
2- *el-Harâc,* 27, 35; *Şerhu's-Siyeri'l-Kebîr,* III, 254; *el-Kastalânî,* V, 200; *el-Emvâl,* 58.
3- *Şerhu's-Siyeri'l-Kebîr,* III, 254; *el-Harâc,* 24 vd.; Ebu Ubeyd, *en-Emvâl,* 57; *Futûhu'l-Buldân* 275.

arazi, sahiplerinin elinde bırakılacak olursa, toprağı yakından tanıdıklarından ve ziraat işlerine alışkın olduklarından dolayı üretimi gereği gibi koruyacaktır. Araplar ise ziraat hayatına ve şehirde yaşamaya alışkın kimseler değillerdi.

Bu delillerden şu neticeye varılmaktadır: Ayetin, selefin icmaının ve sünnetin delâleti ile sabit olan şudur: Toprakların paylaştırılması veya sahiplerinin ellerinde mülk olarak bırakılıp araziye haraç konulması arasında imam serbesttir.

Ben fey ve ganimetin tek manaya geldikleri şeklindeki değerlendirmeyi tercih ederim. Bu mana da şudur: Düşmandan gelen her şeye bu iki isimden birisi de verilebilir. Çünkü bu, Arap dilinin de bir gereğidir. Dolayısıyla imam, bunların her birisini -Hz. Ömer (r.a.)'in uygun gördüğü şekilde- kamu maslahatının gereklerine göre bu paylaştırmayı yapıp yapmamakta serbesttir.

2- Halkının korkudan dolayı üzerinden çekilip gittikleri araziler:

Bu ikinci tür arazi fakihler arasında *fey* diye bilinir. Fey, harbîlerden savaşsız olarak elde edilen maldır. Cizye ve ticarî öşürler gibidir. [1] Bunların hükmü de şudur: Bu gibi malların mülkiyeti, ele geçirilmek suretiyle beytülmale intikal eder ve bunlar İslâm devletinin mülkleri olur. Fakihler bu gibi mallar hakkında: "Bunlar vakıf olurlar" ifadesini kullanmışlardır. Yani mücerret ele geçirilmeleri suretiyle İslâm ümmetinin mülkü olurlar. İmam yani İslâm devletinin başkanı da bu gibi topraklara haraç koyar. Bu haraç ister Müslüman, isterse de muâhid (antlaşmalı, zimmî) olsun, üzerinde çalışan kimselerden ücret olarak alınır. Bu gibi arazilerin vakıf olması, ganimet olmadığı manasınadır ve bu sebeptendir. Dolayısıyla bu gibi arazinin hükmü fey'in hükmü gibidir. Bütün Müslümanlara ait olur. Bu konuda fakihler arasında akar ile ilgili olarak her hangi bir görüş ayrılığı yoktur. Şu kadar var ki, Şafiîler ile bir görüşlerinde Hanbelîler böyle bir arazinin vakıf olabilmesi için imamın bu konuda talimatının bulunmasını gerekli görürler ki böyle bir arazi vakıf olabilsin. Ancak buna muhalif görüş daha üstün ve tercihe şayandır. [2]

Fey'lerin menkul (taşınabilir) olanlarına gelince: Cumhura göre bu da vakfedilir ve Müslümanların menfaatlerine harcanır. Yani bu konuda yetki İslâm devlet başkanınındır, o uygun gördüğü şekilde uygulama yapar. Şafiîlere göre ise, ganimette olduğu gibi menkul olanı beşte bire bölünür. Çünkü: *"Allah'ın Resulüne fey' olarak verdiği..."* (Haşr, 6) ayeti mutlak; *"Bilin ki ganimet aldığınız her hangi bir şey..."* (Enfâl, 41) ayet-i ise kayıtlayıcıdır. Hükmün birliği sebebiyle mutlak olan ayet, mukayyed olana hamledilir. Çünkü her ikisi de aynı hükümden söz etmekte-

---

1- *Bidâyetu'l-Müctehid,* I, 389; *el-Mühezzeb,* II, 247; *Nihâyetu'l-Muhtâc,* V, 105; İbnü'l-Kayyım *Ahkâmu Ehli'z-Zimme,* 106.

2- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 353; *el-Harâc,* 23; ed-Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr,* II, 175; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 66; Mâverdî, *el-Ahkamu's-Sultaniyye,* 133; Ebu Ya'lâ, *el-Ahkamu's-Sultaniyye,* 132; *Muğni'l-Muhtâc,* III, 99; Makdisî, *eş-Şerhu'l-Kebîr,* X, 542; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 75; *el-Muharrar,* II, 179.

dir ki bu da harbîlerin mallarının Müslümanların eline geçmesi ile ilgilidir. Savaşmak veya savaşmamak şeklinde sebebin farklı olması, durumu değiştirmez. [1]

Şu kadar var ki bu konuda cumhurun görüşü daha uygundur. Onların görüşleri ise, İmam Malik b. Enes'in Ömer (r.a.)'den yaptığı şu rivayettir: *"Hz. Ömer dedi ki: Nadiroğullarının malları, Allah'ın Resulüne fey' olarak verip Müslümanların onu ele geçirmek için her hangi bir at veya devenin sırtına binmediği mallardan idi. Bu mallar Peygamber (s.a.)'e hastı. O da bu mallardan sene boyunca ailesi halkına masraf yapar, geriye kalanı da Allah yolunda savaş için hazırlık olmak üzere bineklere ve silahlara tahsis ederdi."* [2]

Hz. Ömer'in: *"Peygambere hastı"* şeklindeki sözleri fey'in beşte birlere bölünemeyeceği konusunda cumhurun kanaatini desteklemektedir. Çünkü bilindiği gibi Fedek ve Avali (Medine'de Nadiroğullarının malları) [3] özel olarak Resulullah (a.s.)'a ve ondan sonraki imamlara aittir. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmuştur: *"Allah'ın onlardan Resulüne verdiği fey'e gelince..."* (Haşr, 6), *"Allah'ın ülkeler hakkında Resulüne verdiği fey', Allah'a, Peygambere... aittir."* (Haşr, 7) Burada fey'in ganimetler gibi paylaştırılmayacağı anlatılmak istenmiştir. Bunun delili ise Yüce Allah'ın: *"Ta ki o mallar sizden zengin olanlar arasında elden ele dolaşır olmasın"* (Haşr, 7) buyruğudur.

Eğer imam Müslümanlar arasında fey'i dağıtmak isteyecek olursa, bu iş için bir divan (kayıt) tutar, burada onları kaydeder ve sıralamaya tabi tutar. Onlara vereceği haklarını (atâ) kolayına gelecek şekilde aylık veya başka bir şekilde tayin edebilir. [4].

3- Sulh yoluyla fethedilmiş araziler:

Bu tür arazilerin hükmü ise sulh akdi gereğince tayin edilir. Bu durumda ya arazinin Müslümanlara ait olması ilkesi üzerinde barış yapılır veya Yemen ve Hire arazilerinde olduğu gibi, fethedilen arazilerin sahiplerine ait olması üzerinde barış yapılır.

Birinci durumda, arazi zorla, savaşarak alınmış yerler gibi Müslümanlara vakıf olur ve bu gibi yerler İslâm toprakları kabul edilir. Bizzat halkının üzerinden ayrılıp gittiği araziler gibi değerlendirilir. Çünkü Peygamber (a.s.) Hayber'i fethetmiş ve orada bulunan halkı ile arazilerini işlemeleri üzerinde sulh yapmıştır. Buna karşılık onlara ürünün yarısını alma hakkı vermiştir. Bu arazi onların değil, Müslümanlarındı. İbn Ömer (r.a) de şöyle demiştir: *"Peygamber (a.s.) Hayberliler ile oradan alınacak meyve veya ekinin yarısı karşılığında muamele (ziraat ortakçılı-*

1- *Zadu'l-Meâd,* III, 220; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 148; *Muğni'l-Muhtâc,* III, 93.
2- Nevevî, *Müslim Şerhi,* XII, 70. Nevevî: "Nadiroğullarının malları, yani çoğunlukla malları demektir" demiştir.
3- İbn Hişam, *Sîre,* II, 337.
4- *el-Bahru'z-Zehhâr,* V, 442; *el-Mühezzeb,* II, 248.

ğı) yapmıştır." (1) Ayrıca, Peygamber (a.s.) Nadiroğulları ile onları Medine'den sürmek şartı üzere sulh yapmıştır. Develerin taşıyabileceği kadar meta ve malları da götürebileceklerdi. Ancak silah götüremeyeceklerdi. İşte burası da Allah'ın Resulüne verdiği fey'ler arasındadır." (2)

Böyle bir araziye haraç konulur ve bu haraç araziye tabi olur. Müslüman bu arazinin bir kısmını satın alacak olursa o yine haraç vergisini ödemeye devam eder. Çünkü böyle bir haraç, araziden faydalanma karşılığında bir ücret olarak kabul edilir. Bu fakihler arasında ittifakla kabul edilmiş bir husustur. (3)

İkinci durumda ise arazi sulh gereğince halkının mülküdür ve bu konuda fakihlerin ittifakı vardır. Müslümanlar sulh şartlarını eksiksiz olarak uygulamak zorundadırlar. Karşı taraf sulhün gereğini yerine getirdiği sürece durum böylece devam eder. Ancak onlara arazi için verecekleri bir haraç konulur ve bu haraç beytülmale aittir. (4) Bu haraç cizye hükmünde kabul edilir, İslâm'a girdikleri takdirde cumhura göre sakıt olur. (5) Bunun delili de Ömer b. Abdülaziz'in valilerine yazdığı mektubundaki şu ifadelerdir: *"Arazi halkından İslâma giren kimseler üzerine haraç yoktur."*

Hanefîlere göre ise, böyle bir haraç sakıt olmaz. Çünkü onlara göre haracın bir çeşit sorumluluk ve bir çeşit ceza manası da vardır. Bu bakımdan haraç Müslümanın üzerinde kalmakla birlikte, baştan beri Müslüman hakkında ön görülmez.(6)

Bu şekilde sulh yapan kimselerin yurdu, Şafiîlerle bazı Hanbelîlere göre Dar-ı ahd veya Dar-ı sulh diye değerlendirilir. (7) Cumhura göre ise sulh yolu ile elegeçirilmiş yerler, Dar-ı İslâm olarak kabul edilir. Bu topraklarda yaşayan kimseler ise zimmet ehli olup onlardan cizye alınır.

2. İslâm Devleti Sınırları İçerisindeki Toprakların Hükmü

Topraklar iki çeşittir: Mülk arazi ve mübah arazi. Mülk arazi de iki türlüdür: Mamur ve harabe. Mübah olan arazi de aynı şekilde iki türlüdür: Bir meskûn yerin

1- *Buharî,* III, 105; 5, 40; *Beyhakî,* IV, 103; *Ebu Dâvud,* III, 357.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* X, 542.

3- *el-Müdevvene,* III, 26; *el-Muntekâ,* III, 219; *el-Hirşî,* III, 149 -ikinci baskı-; *Keşşâfu'l-Kınâ,* III 75; *el-Muharrer,* II, 179; *Ahkamu Ehli'z-Zimme,* 106.

4- *el-Harac,* 63; *Tebyînu'l-Hakâik,* III, 274; *İbn Abidîn,* II, 53; *Haşiyetu'd-Desûkî,* II, 175; *el Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 148; *el-Ümm,* IV, 103, 193; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* X, 543; *Ahkamu ehli'z-Zimme,* 105; *Gâyetu'l-Munteha,* I, 467. Dikkat edilecek olursa, Hanbelîlerin bu kaynakları bizlere haracın varlığını bildirmekle birlikte, *Keşşafu'l-Kınâ',* III, 686'da ganimet olarak alınan arazilerin hükmü bölümünde şöyle denilmektedir: Arazinin kendilerine ait olması şartıyla sakinleri ile barış yapılan arazi üzerinde haraç yoktur. Yemen ve Hîre arazilerinde olduğu gibi. Aynı şekilde Müslümanların ihya ettiği Basra toprakları gibi arazilerde de haraç yoktur.

5- *Lübâbu'l-Lübâb,* 73; Beyhâkî, *Sünen,* IX, 141; *el-Muharrar fi Fıkhi'l-Hanbelî,* II, 179.

6- *et-Telvîh ale'l-Tevdîh,* II, 152.

7- Mâverdî, *el-Ahkâmu's-Sultaniyye,* 133; Ebu Ya'lâ, *el-Ferrâ, el-Ahkâmu's-Sultaniyye,* 133; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 75.

odun ihtiyacının sağlandığı, davarlarının otlatıldığı yerler ile meskûn yerin bu tür ihtiyaçlarının görüldüğü yerlerin dışında olan yerlerdir. Bu gibi yerler ise ölü arazidir. Şimdilerde devletin "kamu mülkü" diye adlandırılan ve genel olarak imar edilmiş arazilerin kastedildiği araziler ise gerek mesken, gerek ziraat ve gerekse başka türlü şekillerde yararlanılan arazilerdir. Harabe halindeki arazi ise, kendisinden yararlanılamayan mülk arazi olarak bilinmektedir ki, bu gibi yerlerin suları kesik olarak veya orada sakin olmakla, veriminden istifade etmekle ve buna benzer her hangi bir şekilde kullanılmamaktadır. Burada her bir tür arazinin hükmü ile ilgili genel bir fikir vermeye çalışacağız:

1- Mamur mülk arazinin hükmü: Sahibinin izni olmaksızın hiçbir kimsenin böyle bir araziden yararlanması caiz değildir.

2- Suyu kesilmiş harap hâldeki arazinin hükmü: Böyle bir arazi, sahibinin mülküdür. İsterse bunun harap olması üzerinden uzun bir zaman geçmiş olsun. O bakımdan böyle bir arazi sahibi tarafından satılabilir, hibe edilebilir, kiraya verilebilir, öldüğü takdirde de ondan miras kalır... Bu hükümler sahibinin bilinmesi halinde söz konusudur. Eğer bilinmiyorsa ona *lukata* hükümleri tatbik edilir.

Mülk olan bir arazide yetişen otlar (kele') [1] bütün insanlar için mübahtır, kimsenin mülkü değildir. Ancak arazi sahibinin bunu kesmesi hâli müstesnadır. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"İnsanlar üç şeyde ortaktırlar: Su, ot ve ateşte"* [2] Arazi sahibi otu biçer ve kurutup muhafaza altına alacak olursa, o ot bu kişinin mülkü olur. Çünko o, kimsenin mülkü olmayan mübah bir malı eline geçirmiştir, o bakımdan kaplara doldurulmuş su ve diğer mübahlar gibi ona da malik olur. Peygamber (a.s.) de şöyle buyurmuştur: *"Bir başka Müslümanın ulaşamadığı bir şeye ulaşan kimse o şeye sahip olur."* [3]

Mülk olmayan yeşil alanlar, ormanlar, balık ve kuş gibi hayvanlar da ot hükmünde kabul edilir.

Mülk olan ormanlıktaki odun ve sazlıklar ise malikinin izni olmaksızın hiçbir kimse tarafından kesilemez. Çünkü bunlar ormanlığın sahibi olanın mülkünde yetişen şeylerdir. Velev ki özel olarak kendisi bunları yetiştirmemiş olsun. Çünkü saz ve odunların mülkü o ormanın mülk edinilmesinde maksat olarak gözetilir. Dolayı-

---

1- *Kele',* (ot): Arazide kimsenin emeği olmaksızın kendiliğinden büyüyen bitkiler demektir.

2- Bu hadisi, Ahmed ve Ebu Dâvud, Peygamber (a.s.)'in bazı ashabından şu lafızla rivayet etmişlerdir: *"Müslümanlar üç şeyde ortaktırlar: Su, ot ve ateşte."* Aynı şekilde: *"İnsanlar... ortaktırlar"* lafzı ile de rivayet etmişlerdir. İbn Mace, İbn Abbas'tan da böylece rivayet etmiş ve ayrıca: *"Ve bunun kıymeti haramdır"* miktarını ziyade etmiştir. Taberanî, *Mu'cem*'inde İbn Ömer'den bu şekilde rivayet etmektedir. Başkaları da rivayet etmiştir. *Tuhfetu'l-Fukahâ* hadislerinin tahkîk ve tahrîci, III, 430 vd.; *Nasbu'r-Râye,* IV, 249; *Sülübü's-Selâm,* III, 86.

3- Ebu Dâvud, Esmer b. Mudarris'ten rivayet etmektedir. Addıyyâ, *el-Muhtâre*'de *sahih* olarak nitelemektedir. Beğavî de şöyle demektedir: Ben bu senetle, bu hadisten başkasını bilmiyorum. *Neylü'l-Evtâr,* V, 302 vd.

sıyla onnana malik olmakla onlara da malik olunur. Otun durumu ise böyle değildir. Onun mülk edinilme kastı yoktur. Maksat arazinin ekilmesidir. [1]

Eğer ot, mülk olan bir arazide sahibinin emeği ve sulaması ile ekilip büyütülen bir ot türü ise o takdirde bu onun özel mülkü olur.

3- Ölü arazilerin hükmü: Görmüş olduğumuz gibi ölü araziler iki türlüdür:

Birinci türü, belde halkının ihtiyaçlarının görüldüğü yerler olup, davarlarının otladığı, odunlarının temin edildiği yahut ölülerinin gömüldüğü yerler veya küçük çocuklarının oynadığı alanlar olabilir. Bu gibi yerlerin şehrin içinde veya dışında olmaları arasında fark yoktur. Bu gibi yerler o belde halkının hakkı olur, ölü arazi olarak değerlendirilemezler. İmamın bunları her hangi bir kimseye pay edip vermesi caiz değildir. Böyle bir şey yapılacak olursa, belde halkına zarar vereceğinden caiz olmaz. Şu kadar var ki, bu arazide bulunan odunlardan, sazlardan belde halkı da, başkaları da istifade edebilir, başkalarını engelleyemezler. Çünkü bu gibi yerler onların mülkü değildir.

Beldeye yakın olarak kabul edilip edilmeyen arasındaki sınır çizgisi ise şudur: Mülk olan en uçtaki araziden kendisine seslenenin sesinin işitilebildiği yerdir. Artık ses işitilmiyor ise orası mevat arazidir, o beldeye tabi değildir. Tuz, zift, petrol ve buna benzer Müslümanların ihtiyaç duydukları araziler de belde arazisi durumundadır. Bu gibi yerler de mevat araziler olarak kabul edilmez. Bu gibi yerler Müslüman cemaatin hakkıdır.

İkinci tür mevat arazi ise her hangi bir yerleşim bölgesine tabi olmayan arazidir ki, fakihlerin ıstılahında asıl *mevat* diye zikredilir.

Mevat: Kimsenin malik olmadığı ve kimsenin de faydalanamadığı arazidir. Bu faydalanmanın sebebi ya suyun olmaması ya da su altında bulunması, ya da buna benzer ziraate engel bir halinin olması dolayısıyla olur. Mesela, çok kumluk olması veya her hangi bir Müslüman veya zimmînin mülkü olmaması gibi. Ayrıca Ebu Yusuf'un görüşüne göre böyle bir arazinin yerleşim alanından, evlerin olduğu taraftan bir insan seslense bu arazide bulunan kimsenin o sesi işitmeyecek kadar uzakta olması gerekir.

Şu kadar var ki, bu son şart zahir rivayette muteber kabul edilmemiştir. Sadece orada yaşayan halkın ihtiyaçlarının görüldüğü bir yer olmaması yeterli görülmüştür; velev ki onlara yakın olsun. Hanefîlerce fetvaya esas olan görüş budur. Eğer arazi her hangi bir kimsenin mülkiyeti altında ise mevat olmaz. Maliki bilinmiyor ise *lukatadır,* imam onda tasarruf eder.

Arazinin ihya edilmesinin manası ise orada bina yapmak, ağaç dikmek, orayı sulamak, orada su çıkartmak ve orayı ekmek gibi bir suret ile kendisinden yararla-

1- *el-Bedâyi,* VI, 192 vd.

nılacak hale getirilerek ıslah edilmesi demektir. [1]

Arazinin etrafına taş veya toprak koysa yahut küçük bir duvar çevirse ve bunu bir sınır olarak tayin etse, o bu araziye malik olmaz. Çünkü böyle bir iş araziyi ihya etmek değildir. Bu olsa olsa araziyi tahcîr etmiş olur. İmamların ittifakı ile o arazide başkalarına göre daha çok hak sahibi kabul edilir. [2] Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Kendisinden önce her hangi bir Müslümanın ulaşmadığı bir şeye ulaşan kişi ona daha bir hak sahibidir."* Yine Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: *"Minâ önce gelenin konaklayacağı bir yerdir."* [3]

Bu araziyi tahcir edip (etrafını çevirip) üç yıl süre ile orayı imar etmeyen kimseden İslâm devlet başkanı onu alır, başkasına verir. Çünkü tahcir, önceden de söylediğimiz gibi, bir ihya değildir. Bu sadece arazinin etrafında taşlar koymak suretiyle işaretlemektir. Bu tahciri yapan kimseye araziyi üç sene süre ile bırakmak hakkının verilmesi Ömer (r.a.)'in sözünden alınmıştır: *"Üç seneden sonra tahcir yapanın (ölü bir arazinin etrafını çevirenin) bir hakkı yoktur."* [4] Diğer bir sebep ise, bu kadar bir süreye kişinin gerekli hazırlıkları yapması, ihya işlerini tamamlaması için ihtiyaç vardır.

Ölü Arazinin İhya Edilmesi Yöneticinin İznini Gerektirir mi?:

Bu konuda ilim adamları farklı görüşlere sahiptir. Ebu Hanîfe ile Malikîlere göre [5] ölü arazinin ihya edilmesinde, imamın veya onun vekilinin iznine gerek vardır. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Kişi için imamının razı olduğu şeyden başkası (caiz) değildir."* [6] Dolayısıyla o konuda imamının rızası yoksa o kimse ona malik olamaz.

Ebu Yusuf, Muhammed, Şafiîlerle Hanbelîler ise şöyle demektedir: [7] Arazinin mülk yoluyla ihya edilmesi caizdir. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Kim ölü bir araziyi ihya ederse o arazi onundur. Zalimce dikilmiş bir kökün (ağacın) ise her hangi bir hakkı yoktur."* [8] Bu hadis imamın iznini şart koşmaksı-

1- *el-Bedâyi',* VI, 194; Tekmiletu Fethi'l-Kadîr, VIII, 136 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 306.

2- *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr,* VIII, 138; *el-Bedâyi',* VI, 195; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 307; ed-Derdîr *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 70; *Muğnî'l-Muhtâc,* II, 360; *el-Muğnî,* V, 518, 538; *el-Mühezzeb,* I 425.

3- Bu hadisi Ahmed ve *Sünen* sahipleri rivayet etmiştir: Ebu Dâvud, Tirmizî, İbn Mace ve Beyhakî Aişe (r.anhâ) validemizden rivayet etmişlerdir. Tirmizî, *Hasen* bir hadistir demektedir. *Tuhfetu'l-Fukahâ Hadislerinin Tahkîk ve Tahrîci,* III, 442; *Neylü'l-Evtâr,* VIII, 22.

4- Ebu Yusuf, *el-Harâc*'da Saîd b. el-Müseyyeb'den rivayet etmiştir. Bk. *Nasbu'r-Râye,* IV, 290; *el-Harâc,* 65.

5- *el-Bedâyi',* VI, 194; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr,* VIII, 136; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 309; *eş-Şerhu'l Kebîr,* IV, 69.

6- Taberânî, Muâz b. Cebel'den rivayet etmektedir. Hadiste zayıflık vardır. *Nasbu'r-Râye,* III, 430; IV, 290.

7- Hanefîlerin adı geçen kaynakları; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 365; *el-Muğnî,* V, 513 vd.

8- Bu hadis-i şerif sekiz sahabeden rivayet edilmiştir: Aişe, Saîd b. Zeyd, Cabir, Abdullah b. Amr b.

zın ihya edenin mülkiyetini tespit etmektedir ve çünkü arazinin ihya edilmesi ihya edenin ele geçirdiği bir mübahtır. Dolayısıyla buna imamın izni olmaksızın malik olur. Tıpkı bir insanın bir av hayvanını yakalaması yahut da mübah bir otu toplamasında olduğu gibi.

Ölü Arazide Bulunan Kuyu ve Akarsuyun Harimi Olur mu? (1)

Çöllük bir alanda bir kuyu kazılsa veya ölü bir arazide bir kanal açılıp su akıtılsa, bu kazma işi o arazinin ihyası olarak kabul edilir. Fakat böyle bir kuyunun veya akarsuyun harîmi olur mu?

Fakihler kuyunun ve nehrin harîmi olduğunda ittifak etmişlerdir. Yine onların ittifakına göre başkalarının, mesela o harîm içerisinde ihyada bulunmak suretiyle bu hakka tecavüz etmeleri caiz değildir. Çünkü Peygamber (a.s.) yeri gelince açıklayacağımız üzere kuyu için bir harîm tayin etmiştir. Ancak fakihler bu harîmin miktarı hususunda farklı görüşlere sahiptir. Hanefîler pınarın harîminin her bir yandan beş yüz arşın olduğu görüşündedirler. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Pınarın beş yüz arşın (harîmi) vardır. Aten kuyunun harîmi ise kırk arşındır."* (2)

Kuyu ve akarsuyun harîmi konusunda ise farklı görüşler vardır. Hanefîler atan kuyunun (3) harîminin kırk arşın olduğu görüşündedirler. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Bir kuyu kazacak kimse için, onun çevresinde davarlarının bulunabileceği kadar, kırk arşınlık yer vardır"* (4).

Nâdıh (develerle suyu çekilen) kuyuya gelince; bunun çevresi kırk arşındır. O, bu görüşü ile az önce geçen hadisin mutlak ifadesine göre amel etmektedir. Diğer taraftan bu şekilde su çekenin ihtiyacı dört bir taraftan kırk arşınlık harîm vermekle -atan kuyunun ihtiyacında olduğu gibi- gerçekleşmektedir.

Ebu Yusuf ile Muhammed'in görüşüne göre ise nâdıh kuyunun harîmini, yukarda geçen şu hadis ile de amel etmek üzere altmış arşın olarak kabul ederler: *"Pınarın harîmi beş yüz arşındır. Atan kuyunun harîmi ise kırk arşındır. Nâdıh kuyu-*

As, Fadâle b. Ubeyd, Mervân b. el-Hakem, Amir b. Avf, İbn Abbas, Hz. Aişe'nin hadisini de Buharî ve başkaları rivayet etmiştir. *Nasbu'r-Raye,* IV, 288; *Sübülü's-Selâm,* III, 83. Hişam b. Urve: *"Zalim bir kökün hakkı yoktur"* ifadesini şöylece açıklamıştır: Zalim kimse, başkasına ait olan ölü bir araziye gelip orada ağaç diken kimsedir.

1- *Harîm:* Akarsuyun veya korunması icap eden kuyunun çevresine yakın olan yer demektir.

2- Zeylaî bu hadisin *garib* olduğunu söylemekte, daha sonra hadisin baş tarafının Zührî'nin ziyadesi olduğunu beyan etmektedir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 292.

3- *Atan kuyusu:* Suların elle çekildiği kuyudur. Atan, aslında develerin kalıp çöktükleri veya su etrafında çöktükleri yerdir.

4- Bu hadisi İbn Mace ve Taberanî, Abdullah b. Muğaffel'den rivayet etmişlerdir. İbn Mace, "İsnadı zayıftır" demektedir. Aynı şekilde İmam Ahmed de *Müsned*'inde Ebu Hureyre'den şu lafızla rivayet etmiştir: *"Kuyunun harîmi dört bir yanından kırkar arşındır. Hepsi de deve, koyun, yolcu ve içenin kalması (veya durması) içindir. Artan su da başkasından -ot engellensin diye- engellenmez."* *Nasbu'r-Râye,* IV, 291 vd.; *Sübülü's-Selam,* III, 85.

nun harîmi de altmış arşındır." Çünku su çeken bineğin yürüyebilmesi için bu kadarlık bir mesafeye gerek olabilir.

Nehrin harîmine gelince; miktarının takdir edilmesinde Ebu Yusuf ile Muhammed arasında görüş ayrılığı vardır. Fetvaya esas alınan Ebu Yusuf'un görüşüne göre, her taraftan akarsuyun yarı eni ile takdir edilir. İmam Muhammed ise her taraftan akarsuyun eni kadar takdir edilir demiştir. (1)

Harîmin mülk edinilmesinin faydası ise şudur: O bölgede bir kuyu kazmak isteyen veya o bölgede her hangi bir şeyden yararlanmak isteyene mani olunur. Harîme sahip olan kimse kazılan bu kuyuyu doldurabilir veya böyle bir kuyu kazana verdiği eksikliğin tazminatını ödetir, ondan sonra da bizzat kendisi onu kapatır.

Malikî mezhebi alimleri de şöyle demektedir: Suya zarar veren her şey, kuyu için bir harîmdir. Ayrıca davarların kuyuları ve içme suyu kuyuları için de bu kuyulardan su almaya gelenleri rahatsız etmeyecek kadar bir ilâve yapılır. (2)

Şafiîler de şöyle demektedir: Ölü arazide açılmış kuyunun harîmi, eğer kuyu içmek maksadı ile kullanılıyor ise, su çekenin su almak üzere kuyunun başında duracağı yer kadardır. Eğer sulamak için ise hayvanların oradan geçebileceği miktar kadardır.

Şafiîlere göre nehrin harîmi: Onun dibinden çıkartılacak çamurların ve başka bir takım birikintilerin kenarında bırakılabileceği kadar yerdir. Bu konuda o bölgede bilenlerin görüşlerine müracaat edilir. (3) Bu konuda da az önce geçen: *"Her kim bir kuyu açacak olursa onun etrafından kırk arşınlık yer vardır..."* hadisi ile Saîd b. el-Müseyyeb'den gelen *mürsel* bir hadisi delil gösterirler: Sonradan açılmış bir kuyunun harîmi yirmi beş arşındır. Eski (Âdî yani Ad kavminden kalma) kuyunun harîmi ise elli arşındır. Ekin için kullanılan kuyunun harîmi ise üç yüz arşındır."(4)

Hanbelîler ise şöyle demektedir: Sonradan açılmış kuyunun harîmi çevresinden yirmi beş arşındır. Eski kuyunun harîmi ise elli arşındır. Delil ise İbn el-Müseyyeb'in az önceki hadisidir. (5) Ölü arazilerin ihya edilmesi bahsinde harîme dair daha etraflı açıklamalar gelecektir.

1- *el-Bedâyi',* VI, 195; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr,* VIII, 139 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 308 vd.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr ve Desûkî Hâşiyesi,* IV, 67.

3- *el-Mühezzeb,* I, 424; *Muğnî'l-Muhtâc,* II, 363.

4- Ebu Dâvud, *el-Merâsîl*'de ez-Zührî'den, o Saîd b. el-Müseyyeb'den rivayet etmiştir. Darekutnî ve Hallâl da Saîd b. Müseyyeb'den, o Ebu Hureyre'den, o da Peygamber (a.s.)'e merfuan rivayet etmiştir. Bu rivayetin senedinde İbn Ebu Ca'fer bulunmaktadır ki, *zayıf* bir ravidir. İmam Ahmed'in senedi de Ebû Hureyre'den gelmiştir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 292 vd.; *Tuhfetu'l-Fukahâ Hadislerinin Tahrîci,* III, 439.

5- *el-Muğnî,* V, 540.

ÖLÜ ARAZİLERİN İHYASI (İŞLETİLMESİ)

1. Ölü Arazilerin İhyasının (İşletilmesinin) Tarifi ve Meşruluğu

Tarifi: İhya, sözlükte bir şeyi canlı hâle getirmek, yani hisseden ve gelişebilen bir güce sahip kılmak demektir. *Mevat,* ise ruhu olmayan cansız veya maliki bulunmayan arazi, ya da mamur olmayan, üzerinde hiç bir iz bulunmayan, harabe hâlindeki arazi demektir. Kısaca, mamur olmayan arazi demektir. Mevatın ihyası ile anlatılmak istenen ise gelişme gösteren bir canlılığın meydana gelmesine sebep olmak demektir. Burada arazinin imar edilmesi hayata, edilmemesi ise cansızlığa, yani ölüme benzetilmiştir. İhya edilmesi ise, arazinin imar edilmesi demektir.

Şer'an ihya, ölü araziyi inşaat, ağaç dikmek, ekin için sürmek veya buna benzer işlerle ıslah etmek demektir. Mevat ise mamur olmayan, suyu bulunmayan, kimsenin mülkiyeti altında olmayan ve kimsenin de kendisinden yararlanmadığı arazi demektir. [1] Yahut -Hanefîlerin tarifine göre- mevat, suyu bulunmadığı veya su altında kaldığı için ekimine imkân olmayan, kimsenin mülkiyeti altında bulunmayan ve meskun yerlerden uzak, ya da ihya sebeplerinden uzak olan arazi demektir. [2]

Şafiîlere göre mevatın tarifi ise, hem mamur olmayan, hem de mamur bir yerin içinde bulunmayan demektir. Mamur olan yere yakın veya uzak olması ise bir şey ifade etmez. [3]

Yapılan bu tariflerin muhtevası şudur: Çoğunlukla mevatın ihya edilmesi, ziraî arazinin ıslah edilmesi veya ziraate elverişli hâle getirilmesi demektir. Bu da ziraate engel olan taş, zararlı otlar gibi engellerin kaldırılması, suyun çıkarılması,

---

1- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 339; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 66; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 361; *Keşşâfu'l-Kınâ* IV, 205.

2- Nesefî, *el-Kenz, -Tebyinü'l-Hakâik* ile-, VI, 34; *el-Lübâb ma'a'l-Kitâb,* I, 218 vd.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* aynı yer.

ziraate uygun toprağın getirilmesi, çevresinin surlarla çevrilmesi veya üzerinde binaların yapılmasıdır.

İhya konusu Şari'den mutlak olarak varit olmuştur. Mutlak olarak bu şekilde varit olan hususlarda ise örfe baş vurmak icap eder. Çünkü bazan örf, Şari'in mutlak ifade ettiği hususları beyan edebilir. Örfte ihya şu beş sebepten birisiyle gerçekleşir: Araziyi temizlemek, ekim için gerekli ayıklamaları yapmak, arazi üzerinde duvar inşa etmek, ekim için gerekli ayıklamaları yapmak, arazi üzerinde duvar inşa etmek, içine inildiği takdirde ancak bir yardımcı veya vasıta ile çıkılabilecek kadar derin hendek kazmak ve su çıkarmak. [1]

Meşruluğu: Mevatın ihya edilmesinin meşruluğu Sünnet-i Nebeviyye'de pek çok hadis-i şerifle sabit olmuştur ki, bunların bir kısmı şöyledir: *"Kim ölü bir araziyi ihya ederse o arazi onundur."* [2], *"Kim ölü bir araziyi ihya ederse, orası onundur, zalim bir kökün ise hakkı yoktur."* [3], *"Her kim sahibi olmayan bir araziyi imar ederse, o arazi üzerinde daha bir hak sahibidir."* [4], *"Her kim bir Müslümanın erişmediği bir şeye daha önce erişirse o onundur." (Hadisi rivayet eden sahabe dedi ki: Bunun üzerine insanlar koşuşarak kendileri için arazi sınırları çizmeye koyuldular."* [5]

İşte bu hadis-i şerifler, sahibi bulunmayan ve kimsenin ondan yararlanmadığı ölü arazinin ihya edilmesinin mübah olduğuna delâlet etmektedir. Bir kimse böyle bir araziyi sulamakla, ekin ekmekle, ağaç dikmekle, üzerine bina yapmakla veya toprak üzerinde dilde kendisine "duvar" denilebilecek miktarda duvar yapmakla ihya eder. Urve dedi ki: "Ömer b. el-Hattab (r.a.) halifeliği döneminde ve bütün bölgelerin fakihleri mevatın ihya (ölü arazilerin işletilmesi) ile mülkiyet altına alınacağına hüküm verdiler. Bununla birlikte bunun şartları konusunda aralarında ihtilâf vardır.

Aynı şekilde hadis-i şerifler şeriatte bu tür arazilerin işletilmesinin teşvik edildiğinin delilidir. Çünkü insanların, ekonomik bir refah gerçekleştirecek ve büyük kamu servetini sağlayacak şekilde ziraat kaynaklarına ve dünyanın imarına ihti-

---

1- *Sübülü's-Selâm,* III, 82.

2- Hadisi Ahmed ve Tirmizî rivâyet etmiş olup Tirmizî; Cabir b. Abdullah'tan gelen rivayetinin *sahih* olduğunu belirtmiştir. Tirmizî: Bu, *hasen-sahih* bir hadistir, demiştir. Bu hadisi ashaptan sekiz kişi rivayet etmiştir.

3- Ahmed, Tirmizî ve Ebu Dâvud rivayet etmiş olup Tirmizî: *"Hasen* bir hadistir" demiştir.

4- Mâlik *Muvatta*'da, Ahmed, Buharî ve Ebu Dâvud, Aişe (r.anhâ) den rivayet etmişlerdir. İbn Abdi'l-Berr der ki: Bu hadis-i şerifin senedi sahihtir. Medine fakihleri ve başkaları tarafından güzel kabul görmüştür. Ayrıca Ebu Ubeyd *el-Emvâl*'de Aişe (r. anhâ)'den şunu rivayet etmektedir: *"Her kim, kimseye ait olmayan bir araziyi ihya ederse o, o arazide daha bir hak sahibidir."*

5- Ebu Dâvud, Esmer b. Mudarris'ten rivayet etmiştir. Hadisin ifade ettiği mana şudur: Onlar çizgiler çizmek suretiyle arazinin üzerinde alâmetler yapmak üzere çabucak koşuştular. (Bütün bu hadisler için bk. *Neylü'l-Evtar,* V, 302; *Nasbu'r-Râye,* IV, 288 vd.)

yaçları vardır.

İhyası (İşletilmesi) Mümkün Mevat (Ölü) Araziler

Her arazinin ihya edilmesi uygun değildir. Arazinin bir kısmı ihya edilebilir, bir kısmı ise edilemez. Fakihler kimsenin mülkiyeti altında olmayan ve imar ile faydalanma imkânı taşımayan arazinin, ihya yoluyla mülkiyet altına alınabileceği üzerinde ittifak etmişlerdir.

Aynı şekilde satın almak yahut bağış yolu ile bilinen bir sahibi bulunup henüz mülkiyeti kesinleşmemiş olan arazilerin, sahipleri dışında hiç bir kimse tarafından ihya edilmelerinin caiz olamayacağı üzerinde de ittifak etmişlerdir.

Şu kadar var ki, başka tür araziler hususunda farklı görüşlere sahiptirler.[1]

a) İhyâ ile mülkiyet altına alınan, sonra da imar izleri kayboluncaya kadar terkedilip tekrar eskisi gibi mevat araziye dönüşen topraklar:

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [2] Bu gibi arazilere ihya ile malik olunmaz. Çünkü ihyayı caiz kılan hadis-i şerifler maliksiz olmak kaydını taşımaktadır: *"Kim sahipsiz ölü bir araziyi ihyâ ederse..."* ve: *"Zalim bir kökün hiç bir hakkı yoktur"* buyurulmuştur. Diğer taraftan sair mallar üzerindeki mülkiyet de terk yolu ile zail olmaz.

Hanefîlere göre: [3] Ebu Yusuf'a göre böyle bir araziye, eğer yerleşim alanından uzak ise, muayyen bir sahibi olduğu bilinmediği sürece ihya ile malik olunur. Yerleşim alanından uzaklığının manası ise şudur: Yüksek sesli bir kimse beldenin en uç bayındır yerinde durup en yüksek sesiyle bağıracak olur da orada ses duyulmazsa meskun mahalden uzak demektir. İmam Muhammed'e göre ise eğer İslâm döneminde o arazi mülkiyet altına alınmışsa bu arazi mevat olmaz. Eğer maliki bilinmiyor ise Müslüman cemaate ait olur. Fetvaya esas olan zahir rivayet ise, ileride de açıklayacağımız gibi, meskun yerin ihtiyacının oradan karşılanması (irtifak olmaması) gerektiği şeklindedir.

Malikîlere göre: [4] İmar izlerinin ortadan kalktığı arazilere ihya ile mâlik olunur. Çünkü: *"Her kim ölü bir araziyi ihya ederse orası onundur"* hadisindeki ifade umumidir. Diğer bir sebep ise böyle bir arazinin asıl itibariyle mübah olduğudur. Eğer mevat hale dönene kadar terkedilecek olursa tekrar eskisi gibi mübahlığına avdet eder.

b) Bizanslıların eserleri, Semud kavminin meskenleri ve buna benzer cahiliyeden kalma eski mülkün izlerinin bulunduğu araziler, dört mezhepte de ihya ile

1- *el-Muğnî*, V, 513 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ'*, IV, 206.
2- Muğni'l-Muhtac, II, 362; *el-Mühezzeb*, I, 423; *el-Muğnî*, V, 514; *Keşşâfu'l-Kınâ'*, IV, 206.
3- *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb*, II, 219; *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 35; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 307.
4- *eş-Şerhü'l-Kebîr*, IV, 66, 68; *eş-Şerhu's-Sağîr*, IV, 87.

mülkiyet altına alınır. [1] Şafiîlerde ezhar olan görüş budur. Çünkü cahiliye dönemi mülkiyetinin her hangi bir saygınlığı, hürmeti yoktur. Diğer taraftan Peygamber (a.s.) de şöyle buyurmuştur: *"Ad kavmi döneminden kalma arazi Allah'ın ve resulünün, ondan sonra da sizindir."* [2] Yani; İslâm'da mülkiyet altına alınmamış eski, harap araziler sizindir, demektir. Şafiînin ikinci görüşü ise, böyle bir yere ihya ile malik olunmaz şeklindedir. Çünkü bu araziler mevat değildir.

c) İslâm döneminde belli bir Müslüman veya bir zimmî tarafından mülkiyet altına alındığı bilinmeyen arazi. Maliki bilinmeyen böyle bir arazi Hanefîlerle Malikîlere ve İmam Ahmed'den gelen bir rivayete göre ihya ile mülkiyet altına alınır. Çünkü ihyanın meşruluğuna dair varit olan haberler, umumilik ifade eder. Diğer taraftan mevat arazide belli kimselerin hakkı yoktur. O hâlde herhangi bir malikin mülkiyeti altına alınmamış yerlere benzemektedir.

Şafiîler ise şöyle demektedir: Böyle bir arazi kayıp mal durumundadır. Onun sahibi çıkıncaya kadar muhafaza altına alınması veya satılıp kıymetinin muhafaza altına alınması ve beytülmale borç verilmesi gibi bir şekilde değerlendirmek, yönetici devlet başkanına aittir. Yani ihya yoluyla bu gibi yerler mülkiyet altına alınamazlar.

Hanbelîlerdeki sahih görüşe göre ise, böyle bir araziye ihya ile malik olunmaz. İhyanın etkisi söz konusu değildir, bizden korkup düşmanlarının üzerinden çekilip gittiği araziler gibi fey' olur. Yani kamu maslahatları uğrunda dağıtılır.[3]

Netice olarak, Şafiîlerle Hanbelîler, bu gibi arazilere ihya yoluyla malik olunamayacağı üzerinde ittifak ederlerken Hanefîlerle Mâlikîler bu gibi yerlerin ihya edilmesinin caiz olduğu görüşündedirler.

İhya edilebilen ölü araziler konusunda mezheplerin görüşlerinin açıklanması:

İhya edilmesi mümkün olan araziler ile ilgili olarak her bir mezhebin görüşünü ayrı ayrı açıklamak yerinde olacaktır.

Hanefî mezhebi: [4] Mevat arazi, beldenin dışında kalıp hiç bir kimsenin mülkü, ya da üzerinde özel hakkı olmayan arazi demektir. Belde dahilinde kesinlikle mevat olmaz. Aynı şekilde belde dışında olup oranın merafıkı durumunda olan yerler de mevat olamaz. O belde halkının yakacağını temin ettiği ormanı veya otlak olarak kullandığı yerler mevat olamaz. Mamur bölgeye yakın yerlerin ihya edilme-

1- Aynı yerler.
2- Bu hadisi Tavûs'tan Saîd b. Mansûr, *Sünen*'inde Ebu Ubeyd de *el-Emvâl*'de rivayet etmektedir. *el-Muğnî*, aynı yer.
3- Adı geçen kaynaklar.
4- *el-Lübâb*, II, 219 vd.; *el-Bedâyi* VI, 194; *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 34; ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr, V, 307; *Tekmiletü Fethü'l-Kadir*, VIII, 136.

si de caiz değildir. Çünkü bu gibi yerler oraya yakın merafıkı durumundadır; o belde halkının merası olmak üzere bırakılır, biçtikleri ekinleri koyacakları yerler olarak terkedilir. Çünkü insanların bu gibi yerlere ihtiyaç duyacakları kesindir. Bu gibi yerler -yol ve nehir gibi- mevat olamazlar.

Buna göre mülkiyet altında olmayan arazilerde önemli olan, belde halkının merafıkından olmamasıdır. Mamur yere yakın veya uzak olması, durumu değiştirmez. Zahir rivayet bu olduğu gibi, üç imamın görüşü ve Hanefîlerce fetvaya esas olan görüş de budur.

Malikî mezhebi: [1] Ölü arazi, ihya (yani her hangi bir şekilde ihya sebebi) ile tahsis edilmemiş veya bir meskun yerin odun ihtiyacının karşılandığı yer, yahut bir mera gibi mamur bir bölgenin çevresinde olmak gibi bir sebepten uzak olan arazidir. Eğer bina, ağaç, çıkartılan su ve buna benzer türdeki imarları ortadan kalkacak olursa, orayı ihya eden kimsenin ora üzerindeki mülkiyeti, ancak izlerinin ortadan kalkmasından uzun bir süre sonra ve yeni bir ihya ile ortadan kalkabilir. Bu uzun süre de insanların örfü ile takdir edilir. İşte o takdirde böyle bir yer, ikinci ihya eden şahsın mülkü olur.

Böyle bir arazinin mamur bölgeye yakın olması ile uzak olması arasında fark yoktur. Şu kadar var ki, yakın olması hâlinde ihya edilebilmesi için yöneticinin izni gerekir.

Şafiî mezhebi [2]: Mevatın tarifi şudur: Mamur olmayan ve ister yakın, isterse uzak olsun mamur bir yere ait harîm olmayan veya İslâm toprakları arasında asla imar edilmemiş olan arazidir. İhya ile mamur olan bölgenin harîmi, mülkiyet altına alınmaz. Mamurun harîmi ise, faydalanmanın tamamlanabilmesi için ihtiyaç duyulan yerdir. Atların kalacakları yerler, develerin barınakları, kül ve benzeri şeylerin atıldıkları yerler bu harîme örnektir.

Hanbelî mezhebi [3]: Mevat, maliki bulunmayan, suyu ve imarı olmayan, kendisinden yararlanılamayan arazidir. Ya da özel haklardan ve Müslüman ya da kâfir olsun, mülkiyeti korunmuş kimselerin mülkiyetinden azade olan arazidir. Şu kadar var ki, mamur yerlere yakın bölgelerin ve bu mamur yerin menfaati için kullanılan yollar, su kaynakları ve yolları, çöplük yeri, toprak ve araçlarının bırakıldığı yerler ile kasabanın menfaatlerinin taalluk ettiği bahçeler, meydanlar, hayvanlarının meraları, odun kesim yeri, yolları, su kanalları gibi yerlerin ihya edilmesi de caiz değildir. Yakin ile uzak arasındaki sınır ise örf ile tayin edilir.

Netice olarak; mezheplerin görüşleri asıl itibariyle biribirlerine yakındır; bir takım şart ve kayıtlarda da aralarında farklılık vardır.

1- *eş-Şerhü'l-Kebîr,* IV, 66; *eş-Şerhu's-Sağîr,* IV, 87 vd.; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 339.
2- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 361, 363; *el-Mühezzeb,* I, 453.
3- *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 205; *el-Muğnî,* V, 513 vd., 516.

3. İhyanın Keyfiyeti ve Yolları

Mevat arazinin ihya edilmesi, insanların örf ve adetlerine uygun olarak ziraate elverişli hâle getirilmesi, yani ıslah edilmesiyle olur. Şafiîlerin kabul ettikleri görüş budur. Ancak bu konuda diğer mezheplerin farklı görüşleri bulunmaktadır.

Hanefîlere göre: [1] Mevat arazinin ıslah edilmesi bina yapmak, ağaç dikmek yahut ekmek maksadıyla sürmek veya sel sularının çevrilmesi için sedlerin yapılması -burada maksat köprüdür- veya kanal açmak, yahut tohum saçmak veya kanal açmakla birlikte sulama yapmak veya duvar çevirmek ve sudan koruyacak şekilde gerekli yükseklik ve tümseklikler yapmakla olur. Çünkü bütün bu gibi şeyler bina yapmanın kapsamı içerisine girer.

İmam Muhammed'e göre araziyi ihya eden kişi, eğer nehirden kanal açsa ve fakat araziyi sulamasa veya bunun aksini yapsa, onun bu fiili ihya değil, tahcir olur.

Malikîlere göre: [2] İhya bina yapmak, ağaç dikmek, ziraat, sürmek, oraya su götürmek ve buna benzer yedi işten birisini yapmakla gerçekleşir. Söz konusu bu yedi iş şunlardır:

1- Bir pınar çıkartmak veya bir kuyu açmak suretiyle araziye malik olunur. Aynı şekilde bunlar vasıtasıyla ekilen araziye de malik olunur.

2- Su basmış olan (bataklık) bir arazi ise suyu oradan yok etmek ile,

3- Orada bina yapmak ile,

4- Oraya ağaç dikmek suretiyle,

5- Orayı sürmek suretiyle,

6- Eline geçirmek niyetiyle orada bulunan ağaçları kesmek suretiyle,

7- Araziyi tesviye etmekle birlikte taşlarını kırmak ve ayıklamak sebebiyle.

Şafiîlere göre: [3] Mülkiyete sebep teşkil eden ihya, araziden gözetilecek maksada göre farklılık gösterir ve bu konuda örfe baş vurulur. Örf, âdeten maslahatı ifade eder. Çünkü Şeriat ihyayı mutlak olarak bırakmıştır. Ve bunun sözlükte de belli bir sınırı ve tarifi yoktur. Dolayısıyla bu konuda örfe baş vurulur. Satılan ve hibe edilende kabz, sirkatte hırz (koruma) durumlarında olduğu gibi. Her bir şeyde ise örf, başlı başına tayinlerde bulunur. Bu ihya konusunda esas belirleyici, araziyi

1- *Tebyinü'l-Hakâik,* IV, 36; *el-Hidâye* -Tekmiletü'l-Feth ile-, VIII, 139; *el-Lübab ma'a'l-Kitab ile* II, 218.
2- *eş-Şerhü's-Sağîr,* IV, 93; *eş-Şerhü'l-Kebîr,* IV, 69 vd.; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 339.
3- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 365 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 424.

maksada uygun olarak hazırlamaktır.

Eğer araziyi mesken olarak ihya etmek istemiş ise, oranın âdetine uygun olarak o bölgeyi kireç, kerpiç veya sazlar ile çevirmesi şartı aranır. Mutemet görüşe göre, bina yapmaksızın sadece etrafını çevirmek yeterli değildir. Bina yapılması da mutlaka gereklidir. Mesken olarak kullanılabilmesi için de arazinin bir kısmının tavanının da olması ve kapısının takılması da şarttır. Çünkü evlerde âdet, kapılarının olmasıdır. Bunlar olmaksızın, yani gerekli bina, tavan ve kapı takılmaksızın bir arazinin mesken olarak kullanılması söz konusu değildir.

Şayet mevat araziyi hayvanlar için bir ahır veya bir ağıl olarak kullanmak isterse, yahut da bir takım meyveleri mahsul ve başka şeyleri koyacağı bir depo şeklinde kullanmak istiyor ise, âdete göre binanın etrafını çevirmekle yetinilir, her hangi bir şekilde tavan yapılması şartı aranmaz. Çünkü bu gibi yerlerde tavan yapılmaması âdettir. Şu kadar var ki, tercihe şayan görülen görüşe göre bina ile birlikte kapının takılması veya binanın etrafının duvar ile çevrilmesi de zorunludur.

Mevatı bir tarla olarak ihya etmek isterse, etrafına toprak toplaması, araziyi tesviye etmesi, bir nehirden oraya küçük bir kanal açmak suretiyle su düzenini kurması, yahut bir kuyu, bir kanal veya buna benzer bir şey açması gerekir. Tabii ki bunlar, mutat olan yağmurun yağmaması durumlarında yapılır. Esah olan görüşe göre fiilen ziraat yapmak şartı yoktur. Çünkü ziraat, arazinin menfaatinin gerçekleştirilmesidir. Bu ise ihyanın dışında kalan bir durumdur. Aynı şekilde ev ile ihya edilen bir arazideki evde oturmak da nazar-ı itibara alınmaz. Kısaca ihya, duvar çevirmek, arazinin tesviye edilmesi ve oraya suyun getirilmesi ile gerçekleşir.

Şayet ölü araziyi bahçe olarak ihya etmek istiyor ise, tarla olarak kullanmak istemesi hâlinde olduğu gibi, arazinin etrafında toprağın biriktirilmesi şartı aranır. Aynı şekilde etrafının duvarla çevrilmesi de gerekir. Tarla hakkında söylendiği şekilde su hazırlığının da yapılması şartı aranır. Yine bahçede ekim işlerinin en az kısmının ekilmesi de gerekmektedir. Böyle bir ihya, etrafını çevirmek, arazinin tasviye edilmesi, suyun getirilmesi ve gerekli dikimin yapılması ile olur.

Hanbelîlere göre: [1] Arazinin ihya edilmesi, etrafında sed teşkil edecek şekilde bir duvar çevrilmesi ile olur. O burayı ister bina maksadıyla, ister ziraat maksadıyla, ister koyunları için bir ağıl veya kerestesi ya da başka şeyleri için bir depo olarak kullanmak maksadıyla yapmak istemiş olsun, değişen bir şey yoktur. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Kim bir arazi üzerinde çepeçevre bir duvar kuşatırsa, orası onundur."* [2] Diğer taraftan duvar başkasına engel olduğundan ihya kabul edilir.

1- *el-Muğnî,* V, 538; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 212.

2- Hadisi Ahmed, Ebu Dâvud, Hz. Cabir'den rivayet etmiştir. Bunun bir benzerini de Semure b. Cündüb'den rivayet etmişlerdir.

Araziye -eğer ancak bu yolla ekilebilecek ise- bir nehir veya bir kuyudan su getirmek gerekir, ya da bizzat kaynak suyu bulunan bir kuyunun kazılması da duvar çevirmek gibidir. Eğer su çıkartmazsa ihya konusunda halkın yolunu tahcîr eden (kesen) kimse gibidir.

Oraya ağaç dikmek yahut sel artıklarının gelip dolduğu arazilerde olduğu gibi, engellenmeksizin ziraatin mümkün olmadığı şeyleri ölü araziden engellemek de duvar çevirmek gibidir.

Özetle ihya, ya koruyucu duvarın çevrilmesiyle, ya suyun getirilmesiyle veya ağaç dikmekle olur.

Sadece sürmek ve ekmekle ihya meydana gelmez. Çünkü ağaç dikmenin aksine sürüm ve ekin, kalmak maksadıyla yapılmayabilir. Aynı şekilde ihya etmek istediği arazinin etrafında hendek yapmak, yahut diken koymak veya etrafını benzeri şeylerle çevirmek de ihya olmaz, fakat böyle bir şey tahcîr olarak değerlendirilir.

Tahcîr ile ihya gerçekleşir mi?

Tahcir (etrafı taşla çevirmek), *tahvît* (etrafını duvarla çevirmek): Arazinin etrafına taş koymak veya taşlardan yahut diken ve benzeri şeyleri arazinin yan taraflarına koyarak bir sur meydana getirmektir. Fakihler bunun ihya için elverişli olmadığı üzerinde ittifak etmişlerdir. Şu kadar var ki, tahcir yapan kişi, orayı ihya etmekte başkalarına göre daha bir hak sahibidir.

Hanefîlere göre: [1] Bir kişi bir araziyi tahcir ederse, bu yolla oraya malik olamaz. Çünkü bu, sahih olan görüşe göre bir ihya değildir. İhya, araziyi ziraate elverişli hale getirmektir. Tahcir ise, işaretlemek içindir ve "el-hacr" kelimesinden müştaktır. Bu ise taş gibi bir işaret koymak suretiyle başkasının engellenmesi manasınadır. Ya da arazide bulunan ot ve diken gibi şeyleri ayıklayıp oradan uzaklaştırmak, çevresine koymak veya üzerinde bulunan diken ve benzeri şeyleri yakmakla olur. Bütün bunlar ise mülkiyet ifade etmediğinden, o arazi eski hâli üzere mübah olarak kalır.

Fakat tahcîr yapan kimse o arazide başkalarına göre öncelikli hak sahibidir. Üç seneye kadar bu hak ondan çıkmaz. Bu üç sene içinde orayı imar etmediği takdirde, yönetici orayı ondan alır, başkasına verir. Üç sene takdiri ise Ömer (r.a.)'in sözünden alınmıştır: *"Tahcir yapan bir kimse için üç seneden sonrasında bir hak yoktur."* [2] Şu kadar var ki, bu hüküm diyaneten verilir. Kazaen (yani mahkemenin

1- *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 35; *Tekmiletu Fethu'l-Kadîr*, VIII, 138; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 307.

2- Ebu Dâvud, *el-Harâc*'da Saîd b. el-Müseyyeb'den şu lafızla rivayet etmektedir: *"Her kim ölü bir araziyi ihya ederse orası onundur. Bununla birlikte tahcîr yapanın üç seneden sonra hakkı yoktur."* Ancak bu rivayetin senedinde el-Hasen b. Umare bulunmaktadır ki, *zayıf* bir ravidir. Saîd'in Ömer'den yaptığı rivayet ise *tenkid* edilmiştir. *Nasbu'r-Râye*, IV, 290.

hükmüne göre) ise; başkası bu üç sene geçmeden önce orayı ihya edecek olursa, o araziye malik olur. Çünkü mülkiyetin sebebini o gerçekleştirmiştir. İlk, yani tahcir yapan kişiden önce bunu gerçekleştirmiştir.

Malikîlere göre: [1] Üzerine çizgi koymak, oradaki otu otlatmak, orada davarlarına kuyu kazmak gibi fiillerle arazinin tahvît (tahcir) edilmesi ihya olmaz. Şu kadar var ki kuyuyu kazdığı takdirde mülkiyetini açıklamalıdır. Mülkiyetini açıkladığı takdirde o zaman bu bir ihya olur.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [2] Ölü bir araziyi tahcir etse -ki bu orayı ihya etmeye başlayıp tamamlamaması demektir- yahut taş dikmek, tahta parçaları yerleştirmek suretiyle veya dikenli tel koymakla, ya da küçük bir duvar ile etrafını çevirmekle ölü bir araziyi tahcir ederse, sözü geçen bu durumlarla oraya malik olmaz. Çünkü mülk ihya iledir, bunlar ise bir ihya değildir.

Şu kadar var ki, insanlar arasında o araziye herkesten daha çok hak sahibi olur. Çünkü Ebu Dâvud'dan şu rivayet yapılmıştır: *"Her kim bir Müslümanın daha önce varmadığı yere varır ve ulaşırsa, orada daha bir hak sahibidir."*

Böyle bir yeri bir başkası ihya edecek olursa, oraya bu kişi malik olur. Eğer tahcir yapanın ihyası tamamlanmayacak ve örfen bu müddet üç yıl gibi uzun süre devam edecek olursa ona: "Ya burayı ihya eder çalışır hâle getirir ve malik olursun veya orayı ihyâ edecek kimseye bırakırsın" denilir. Ancak orayı ihya etmek isteyecek başka kimsenin bulunması lâzımdır. Ona böyle bir teklifin yapılmasının sebebi, insanlar arasında müşterek olan bir hakta insanlara darlık çıkartması ve oranın ihya edilmesine imkân vermemesidir. Eğer tahcir yapan kimse bir özür sebebiyle mühlet isteyecek olursa iki ay, üç ay veya daha fazla süre ona mühlet verebilir. Bu mühleti hakim, görüşüne göre tayin eder. Şayet bir mazereti yoksa, ona mühlet verilmez. Buna göre bu mezheplerin görüşleri Hanefî mezhebine yakındır.

4. İhyanın Şartları

İhya eden kişide, ihya edilen arazide ve ihya uygulamasında bir takım şartlar vardır:

İhya edende aranan şartlar:

Muhyî (ihya eden), özel hak sahibi (ihtisas) veya mülk edinmek sebeplerinden birisi olan ihyayı gerçekleştiren kimse demektir. Malı mülkiyet altına alabilen herkesin ihyası caiz olur. Çünkü bu, kendisi vasıtasıyla mülk altına alınan bir fiildir ve avlanmaya benzemektedir.

Cumhur (Hanefîler, Mâlikîler ve Hanbelîler)a göre [3] İhya edenin Müslü-

1- *eş-Şerhü'l-Kebir,* IV, 70; *eş-Şerhu's-Sağir,* IV, 93.
2- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 366; *el-Mühezzeb,* I, 425; *el-Muğnî,* V, 518, 543 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV 214.
3- *el-Hidâye* -Tekmiletu'l-Feth ile- VIII, 138; *eş-Şerhü'l-Kebîr,* IV, 69; *el-Muğnî,* V, 517.

man olma şartı yoktur. İhya hususunda Müslüman ile zımmî arasında bir fark yoktur; çünkü Peygamber (a.s.)'in: *"Kim ölü bir araziyi ihya ederse orası onundur"* buyruğu umumidir. O bakımdan mülkiyetin diğer sebeplerinde olduğu gibi, müslüman ile zimmî bu konuda müşterektir.

Şafiîlere göre: [1] İhya edenin Müslüman olması şartını koşmuşlardır. Ölü araziyi ihya eden zimmî, oraya malik olamaz. Velev ki İslâm devlet başkanı ona bunun için izin vermiş olsun. Çünkü ihya istilâ (üstünlük sağlamak)dır. Bu ise Daru'l-İslâm'da zimmîler için mümkün olmayan bir husustur. Buna göre bir zimmî bir araziyi ihyâ edecek olursa, ondan alınır ve bu konuda ona her hangi bir ücret de ödenmez. Bir Müslüman orayı ondan alacak olsa ve ihya etse, o araziye mâlik olur. Velev ki İslâm devlet başkanı ona izin vermemiş olsun. Çünkü zimmînin fiilinin her hangi bir etkisi yoktur.

İhyâ edilen arazide aranan şartlar:

İhya edilen arazide, mülkiyetine, ona ait merafıklara ve mekânına taalluk eden bir takım şartlar aranır ki, söz konusu bu şartlar şunlardır:

1- İhya edilen arazinin müslüman veya zimmî hiç kimseye mülk olmaması, kimsenin özel hakkı (ihtisası) olmaması gerekir. Fakihlerin: "Adî arazi olması" şeklindeki sözlerinin manası budur. Yani İslâm döneminde mülk edinilmemiş olacak şekilde, eskiden beri harap olması, islâm döneminde ona kimsenin malik olmaması gerekir. Yani adeta Ad döneminden beri harab olmuş gibi olacaktır. Bu şart üzerinde fıkhen ittifak vardır. [2]

2- Bu arazinin merafık olmaması. Yani yakın veya uzak, belde halkı tarafından kullanılan bir yer olmamalıdır. Meselâ, odun elde edilen bir yer veya otlak olarak kullanılmamalıdır. Konuşmak üzere toplantı yeri, atların durdukları, develerin durup dinlendikleri, kül ve artık gibi şeylerin atıldığı yer olmamalıdır. Kuyuların harimi yahut ana yollar ve ara yollar ve buna benzer maksatlarla kullanılmamalıdır. Bu da mezhepler arasında -Hanefîler gibi bir kısmına göre de daha tercihe şayan olmak üzere- ittifak edilmiş bir şarttır. [3]

3- Şafiîlere göre arazinin İslâm topraklarında olması şarttır. Eğer bu arazi Daru'l-harp'te bulunuyor ise Müslüman kişi -Daru'l-harb sakinleri Müslümanlara karşı orayı engellemiyor iseler- ihya edebilir. Şayet engelliyor veya orayı Müslümanlara karşı savunuyorlarsa, istilâ ile Müslüman o araziye malik olmaz. [4]

1- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 361-362; *el-Mühezzeb,* I, 423 vd.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 306; *el-Lübâb,* II, 219; *eş-Şerhü'l-Kebîr,* IV, 66; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 36: *el-Mühezzeb,* I, 423; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 205.

3- *el-Hidâye* -Tekmile ile- VIII, 136; *el-Bedâyi* VI, 194; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 306 vd.; *el-Lübâl* aynı yer; *eş-Şerhü'l-Kebîr,* IV, 67; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 363; *el-Muğnî,* V, 516,525; *Keşşâfu'l Kınâ',* IV, 208.

4- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 362.

Şafiîlerin dışında kalan cumhura göre ise Daru'l-harp ile Daru'l-İslâm arasında bir fark yoktur. Çünkü bu konudaki haberler umum ifade eder. Diğer taraftan daru'l-harbi imar eden bir kimse, diğer mallarında olduğu gibi, onlara kahr ve galebe ile malik olabilmektedir. (1)

Kendisi ile mülkiyetin sabit olduğu ihyada aranan şartlar:

Kendisiyle mülkiyetin sabit olduğu ihyada, -bazı görüşlere göre- iki şart aranır:

1- *Ebu Hanîfe'ye göre:* (2) İhyanın yöneticinin izni ile olması gerekir. Çünkü hadis-i şerifte: *"Kişi için imamının hoşnut olduğu şeyden başkası yoktur"* (3) denilmiştir. İmam izin vermeyecek olursa, o konuda rızası yok demektir. Diğer taraftan bu gibi araziler daha önce kâfirlerin elinde bulunmakta iken sonradan Müslümanların eline geçmiştir. O bakımdan bu araziler bir fey'dir. İmam ise ganimetlerde olduğu gibi fey'i dağıtmak özel hakkına sahiptir. Aynı şekilde bu araziler, katile öldürdüğü kimsenin üzerindeki eşyayı (selebi) vermeye benzer. Peygamber (a.s.)'in: *"Kim birisini öldürürse onun selebi (üzerindeki eşyası) ona aittir"* (4) hadis-i şerifinde dile getirilen duruma benzemektedir. İşte bu, Resulullah (a.s.)'ın, Şerîat ve nübüvvet yoluyla yaptığı bir tasarruf değil, İmamet ve siyaset yoluyla yaptığı bir tasarruftur.

Malikîlere göre: (5) Eğer arazi mamur yerlere yakın ise oranın ihya edilebilmesi için imamın iznine ihtiyaç vardır. Mamur yerden uzak olan ise böyle değildir.

Hanefîlerden Ebu Yusuf ve Muhammed ile Şafiîlerle Hanbelîlere göre: Kim ölü bir araziyi ihya ederse, orayı mülk edinmiş olur. Velev ki imam ona izin vermemiş olsun. Bu konuda Resulullah (a.s.)'ın izni ile yetinilir: *"Her kim ölü bir araziyi ihya ederse, orası onun olur."* Resulullah'ın bu izni Şerîat yoluyla sadır olmuştur. Diğer taraftan böyle bir arazi, odun kesmek ve avlanmak gibi mübah bir maldır, ihya eden başkasından önce buraya el koymuştur, o bakımdan kendisi oraya malik olur. Buharî'nin Aişe (r.anhâ)'den rivayet ettiği şu hadis bu görüşü desteklemektedir: *"Kim sahibi bulunmayan bir araziyi imar ederse, o arazide daha çok hak sahibidir."* Bu hadisin zahirine göre, imamın (İslâm devlet başkanı) izni şart değil-

---

1- *el-Muğnî,* V, 515 ve adı geçen diğer kaynaklar.

2- *el-Bedâyi,* VI, 194 vd.; *el-Hidâye* -Tekmiletü'l-Feth ile- VIII, 136; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 35; *ed-Dürrü'l-Muhtar,* V, 307; *el-Harâc,* 64.

3- Bu hadisi Taberanî rivayet etmiştir. Muaz'dan gelen rivayetinde *zayıflık* vardır. *Nasbu'r-Râye,* III, 430; IV, 290.

4- Hadisi İmam Ahmed ve Neseî müstesna *Kütüb-i sitte* sahipleri Ebu Katade el-Ensarî'den rivayet etmişlerdir. *Nasbu'r-Râye,* III, 428. *Seleb:* Öldürülen kişi ile birlikte bulunan silah, âlet, eşya, para, at ve benzeri şeylerdir.

5- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 339; *eş-Şerhu's-Sağîr,* IV, 94.

dir.[1]

Bununla birlikte hilâftan kurtulabilmek için izin alması müstehaptır.

2- Tahcir halinde, Hanefîlere göre şu şart aranır: İhya azami üç yıllık süre içerisinde tamamlanmış olmalıdır. Eğer bu süre içerisinde orayı imar etmeyecek olursa, yönetici o araziyi ondan alır, başkasına verir. Çünkü araziyi ıslah etmek için başlamak veya böyle bir işe girişmek, onun imar edilmesini gerektirir. Buranın öşrünün ödenmesiyle de Müslümanlara fayda sağlanır. Bundan maksat hasıl olmadığı takdirde, o arazinin böyle bir kimsenin elinde bırakılmasının hiç bir faydası yoktur.[2]

Görmüş olduğumuz gibi bu sürenin üç yıl ile tesbit edilmesi Ömer (r.a.)'in şu sözünden alınmıştır: *"Tahcir yapan kimsenin üç seneden sonra hakkı yoktur."* [3] Böyle bir süre ise arazinin ıslâhı ve bunun için gereklerin temin edilmesi için makul bir süredir. Ancak bu hüküm diyanet bakımındandır. Mahkeme yolu ile verilecek hüküm ise şöyledir: Şayet bu süre bitmeden önce başkası orayı ihya edecek olursa, oraya o kimse malik olur, çünkü mülk edinmek sebebi, birincisinden değil de onun tarafından gerçekleştirilmiştir.

Şafiîler ve Hanbelîlerin görüşü de yaklaşık olarak Hanefîlerinki gibidir.

5. Mevatın İhya Edilmesinin Hükümleri

İhya edilen bir arazi, bunun sonucunda mülk edinilir, oraya öşür veya haraç vergisi konulur, imar edilen yerin harimi mülk edinilmez, mevatın harimi ise mülk edinilir.

İhya edilen arazinin mülk edinilmesi:

Acaba mevat arazinin ihya edilmesiyle sadece istiğlâl mülkiyeti (intifa hakkı) mi sabit olur, yoksa bizzat arazinin rakabesinde (kendisinde) tasarruf, kullanma ve intifa haklarını kapsayan mutlak bir mülkiyet ile mi malik olunur?

Fakih Ebu'l-Kasım Ahmed el-Belhî (rahimehullah) şöyle demektedir: Mevatın ihyası ile sabit olan mülkiyet hakkı değil, istiğlâl (faydalanmak) hakkıdır. Bu da

1- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 361; *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr* aynı yer; *el-Mühezzeb,* I, 423; *el-Muharrar,* I 367; *el-Muğnî,* V, 543; *Keşşâfu'l-Kınâ,* VI, 206.

2- *Tebyînu'l-Hakâik,* VI, 35.

3- Bu hadisin senedinde zayıflık olduğunu görmüş bulunuyoruz. Ayrıca Humeyd b. Zenceveyh en-Neseî, *el-Emvâl* adlı kitapta Amr b. Şuayb'dan şunu rivayet etmektedir: *"Peygamber (a.s.) Cuheyne'den bazı kimselere bir arazi pay etti. Onlar orayı çalıştırmayıp terkettiler. Başkaları gelip orayı alıp ihya ettiler. Bu konuda öncekiler Ömer b. el-Hattâb'a şikâyette bulundular; o da şöyle dedi: "Şayet o benim tarafımdan veya Ebu Bekir tarafından yapılmış bir paylaştırma olsaydı ilk sahiplerine geri vermeyecektim. Fakat Resulullah (a.s.) tarafından pay edilmişti." Arkasından şöyle dedi: "Her kimin bir arazisi olur da üç sene onu çalıştırmaz, onu imar etmez ve başkaları gelir orayı imar ederse, sonraki gelenler daha bir hak sahibidir."* *Nasbu'r-Râye,* IV, 290.

mübah olan bir yere oturan kimsenin durumuna kıyasen böyledir. Bu kişi oturduğu sürece oradan intifa hakkına sahiptir, oradan kalktığı yahut ayrıldığı takdirde bu hakkı düşer. (1)

Genel olarak fakihler ise şöyle demektedir: İhya ile sabit olan, mutlak mülkiyet hakkıdır. Bunun delili ise şu hadisin açık ifadesidir: *"Kim ölü bir araziyi ihya ederse orası onundur."* İşte burada hak, ihya edene "o arazi onundur" sözleri ile hak, "temlik ifade eden lâm harfi ile ihya edene izafe edilmiştir. Onun mülkiyeti de orayı terketmekle yok olmaz. (2) İşte bu, ihya eden kimsenin aynî bir hakkıdır.

Hanefilerin kullandıkları ifadeye göre, ihya eden kişi ihyadan sonra araziyi terkedecek ve orayı bir başkası ekecek olursa daha sahih olan görüşe göre birincisi orada daha fazla hak sahibidir. (3)

İhya edilen arazinin yükümlülüğü:

İhya edilen arazide ikinci hak devlete aittir. Ancak böyle bir arazi üzerindeki yükümlülük (vergi) öşür müdür, haraç mıdır?

Ebu Yusuf'a göre: Eğer orayı bir müslüman ihya etmiş ise ve bu arazi öşür arazilerinden ise, o arazide ön görülen vergi öşürdür. Şayet haraç araziler arasında yer alıyor ise, o takdirde ondan haraç alınır.

İmam Muhammed'e göre: Eğer yağmur veya büyük nehirlerin suları gibi öşür suları ile orayı ihya ederse, orası öşür arazisidir. Şayet müslüman olmayanların açtığı nehirden alınmış bir su gibi, haraç suları ile orayı ihya etmişse o takdirde orası haraç arazisidir. *Hidaye* sahibinin esas aldığı görüş de budur.

Hanbelîler de şöyle demektedir: Mısır, Şam ve Irak gibi savaşarak fethedilmiş arazilerin mevatını ihya eden kimselerin üzerinde haraç yoktur. Şayet bu gibi yerleri zimmî bir kimse ihya edecek olursa, o takdirde bu arazi ittifakla ve mutlak olarak bir haraç arazisi olur. (4)

İhya edenin mülkiyeti üzerindeki kayıtlar ve ek mülkiyet -harîm-:

Harîm: İmar edilen şeyle yararlanabilmenin tam olabilmesi için, gerek duyulan şey veya mamur yerin menfaatinin gerektirdiği merafıklardır. Kuyunun harimi, evin avlusu, yol, suyun akıp gideceği yer, kasabanın toplantı meclisi, odun edinme yeri, merası, atlarının ve develerinin kalacakları veya, kül ve artıkların atılacağı yer ve buna benzer merafık gibi.

1- *el-İnâye* -Tekmiletü'l-Feth ile- VIII, 137.

2- Geçen kaynaklar; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 35; *el-Bedâyi,* VI, 194; *eş-Şerhu's-Sağîr,* IV, 87; *el-Mühezzeb,* I, 423 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 361; *el-Muğnî,* V, 513; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 206.

3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 307; *el-Hidâye* -Tekmiletü'l-Feth ile- VIII, 137; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI 35.

4- *el-Bedâyi,* VI, 195; *el-Hidâye* -Tekmiletü'l-Feth ile VIII, 37; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 207.

Fakihlerin ittifakıyla [1] ihyadan önceki mamur arazilerin hariminin mülk edinilmesi caiz değildir. Çünkü bu gibi yerler de mamur bölgelere tabidir, mülk edinilemez. Çünkü bizler bu gibi yerlerin ihya edilmesini caiz kabul edecek olursak mamur yerlerdeki mülkiyeti oranın sahipleri aleyhine iptal etmiş oluruz.

Aynı şekilde mamur yerler arasında bulunan geniş düzlükler, yollar, pazar yerlerinin de ihya ile mülk edinilmesi caiz değildir. Çünkü sözü geçen bu gibi yerler mevat değil, mamur bölgeler cümlesindendir. Diğer taraftan bu gibi yerlerin mülk edinilmesini caiz kabul ettiğimiz takdirde, insanların mülklerini ve yollarını daraltmış oluruz.

Hülâsa, mülk olan bir şeyin menfaatlerinin taalluk ettiği hiç bir şeyin ihya yoluyla mülk edinilmesi caiz değildir.

Diğer taraftan ihya eden kişi için Şari' tarafından tayin edilmiş bir izafî, ek mülkiyet daha vardır. Bu da ihya ettiği arazinin harimidir. O ihya vasıtası ile evin avlusu, kuyunun harimi, su kanalı gibi gerek duyacağı meraflklara da sahip olur ve bu gibi yerlerden başkalarını engelleyebilir.

Asıl görüş ayrılıkları harimin meşruluğunun aslında ve bunun miktarındadır.

Harimin meşruluğu: Harimin meşruluğunda asıl delil Peygamber (a.s.)'in kuyular için harim tayin etmiş olmasıdır. [2] Pınarın da icma ile bir harimi vardır. Çünkü Peygamber Efendimiz her arazi için bir harim tayin etmiştir. [3]

Harimin miktarı:

Harimin miktarını tayin konusunda fakihlerin birbirine yakın değerlendirmeleri vardır.

Hanefîlere göre: [4]

a) Akan çeşmenin (pınarın) *harimi:* Esah olan görüşe göre pınarın harimi, her bir yandan beş yüz arşındır. Her bir arşın da altı kabzadır. Her bir kabza da dört par-

1- *el-Bedâyi* VI, 195; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 36; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 67; *eş-Şerhu's-Sağîr,* IV, 8{ *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 363; *el-Mühezzeb,* I, 423; *el-Muğnî,* V, 525; *Keşşafu'l-Kınâ,* IV, 208.

2- Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Her kim bir kuyu kazacak olursa, kuyunun çevresinden kırkar arşınlık yer onundur. Bu davarlarının oradan gidip gelmesi içindir."* Bu hadisi İbn Mace, Abdullah b. Muğaffel'den, İmam Ahmed de Ebu Hureyre'den rivayet etmiştir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 291.

3- Ebu Dâvud, *el-Merâsîl*'de ez-Zührî'den, o da Said b. el-Müseyyeb'den şöyle dediğini rivayet etmektedir: *"Resulullah (a.s.) şöyle buyurmuştur: "Âdî (Eskilerden kalma)kuyunun harimi elli arşındır. Sonradan açılan kuyunun harimi ise yirmi beş arşındır."* Hâkim, Ubâde b. es-Sâmit'ten Peygamber (a.s.)'in hurma ağacının hariminin dallarının uzandığı kadar olduğuna hükmettiğini rivâyet etmektedir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 292 vd. ez-Zührî ayrıca şunu eklemektedir: *"Pınarın harimi ise her bir taraftan beş yüz arşındır."*

4- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 308-310; *el-Hidâye,* -Tekmiletu'l-Feth ile, VIII, 139 vd.; *Tebyinü'l-Hakâik,* VI, 36-38; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb* II, 221 vd.; *el-Bedâyi,* VI, 195.

maktır. Arşın ise dirsekten parmak uçlarına kadarki uzunluktur. Çünkü ez-Zührî şöyle demiştir: "Pınarın harimi her bir yandan beş yüz arşındır." Buna binaen, harim sahibinden başkasının harim mesafesi içerisinde ve pınarın yakınında kazı yapması men edilir. Çünkü o miktar, pınarın sahibinin mülküdür. Bu şekilde bir tecavüzde bulunan kimseye tazminat ödetebilir veya kazdığı yeri doldurtabilir.

b) Kuyunun harimi: Atan kuyusu (*Atan,* sözlükte kuyu etrafında develerin çöktükleri yer demektir. Atan kuyusu ise suyu el ile çekilen kuyu demektir) ile nâdıh kuyu (deve ve başka bir vasıtayla suyu çekilen kuyu demektir) arasında farklılık vardır.

Atan kuyusunun harimi, Hanefîlerin ittifakı ile her bir yandan kırkar arşındır. Nitekim bazı rivayetler buna delâlet etmektedir. Şu kadar var ki bu rivayetler *gariptir,* yani sabit olmamıştır. Zeylâî böyle demektedir. [1]

Nâdıh kuyunun da harimi, Ebu Hanife'nin görüşüne göre kırk arşındır. Bu konuda insanların ihtiyaçları göz önünde bulundurularak bu hüküm verilmiştir. Ebu Yusuf ile Muhammed'e göre ise altmış arşındır. Çünkü: *"Nâdıh kuyunun harimi altmış arşındır"* şeklinde bir rivayet gelmiştir. Doğrusu, böyle bir kuyunun hariminin her bir yandan ihtiyaç kadar olacağıdır. Şu şartla ki; bu kuyu mevat arazide İslâm devletinin başkanının izni ile veya kendi mülkünde açılmış olmalıdır. Başkasının mülkünde açmış ise harim hakkı yoktur.

c) Kanal harimi: Kanal, yer altındaki su yolu demektir. Kesinlikle tespit edilebilecek şekilde harimi tayin edilmiş değildir. Çamur ve benzeri şeyleri atabilmeye elverişli miktarda harimi takdir edilir. Muhammed'e göre harimi hak etmek açısından kuyu seviyesindedir. Başka görüşler de ileri sürülmüştür. Kanaatimce bu görüşlerin en uygunu, kanalın da imamın görüşüne göre tespit edilmek üzere bir harimi olduğudur. Çünkü bu konuda Şerîatte bir delil yoktur.

d) Akarsuyun harimi: Bu konuda Hanefîler farklı görüşlere sahiptir. Ebu Hanife'ye göre başkasının mülkündeki akarsuyun harimi yoktur. Ebu Yusuf ile Muhammed ise her iki taraftan harimi olduğunu, çünkü böyle bir harime ihtiyaç sebebiyle hak sahibi olunduğunu, akarsuyun sahibinin de bizzat kuyu ve pınar sahibi gibi harime ihtiyaç duyduğunu, çünkü o suyun her iki tarafından yürümek ihtiyacında olduğu gibi, su yatağını temizlemek, gerektiğinde çamurları da atacak bir yere ihtiyacı olduğunu söylemektedirler. Ancak Ebu Yusuf ile Muhammed'in bunun miktarını tayindeki düşünceleri birbirinden farklıdır.

Ebu Yusuf'a göre, her bir yandan akarsuyun eninin yarısı kadardır. İmam Muhammed'e göre ise, her bir yandan akarsuyun eni kadardır. Hanefîler, ihya ettiği mevat bir arazide akarsuyun çamur ve benzeri şeyleri atmak için gerek duyulacak miktarda hariminin olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. Buna göre bir kimsenin,

1- *Nasbu'r-Râye,* IV, 292.

başkasının bir arazisinde bir akarsuyu bulunsa, Ebu Hanife'ye göre o suyun sadece kendisine ait olduğunu iddia etmekle onun harimine sahip olamaz. Çünkü zahir, onun lehine şahitlik etmemekte, aksine arazi sahibinin lehine delâlet etmektedir. Zira o su, arazinin cinsindendir. Zahir kimin lehine şahitlik ediyor ise, onun sözü kabul edilir. Bu konuda delil getirilmesi hâli müstesnadır. Çünkü delil zahirin hilafını ispat içindir.

Ebu Yusuf ile Muhammed şöyle demektedir: Üzerinde yürüyeceği (1) ve çamurunu atacağı yerler ona ait olur. Çünkü bu gibi harim, akarsular için kaçınılmazdır. Dolayısıyla zahiren bu yerin, akarsuyun sahibinin olduğu anlaşılmaktadır.

Bu görüş ayrılığının faydası şudur: Ebu Hanîfe'ye göre ağaç dikmek hakkı arazi sahibinindir. Ebu Yusuf ile Muhammed'e göre ise akarsuyun sahibinindir. Zeylâî ise şöyle demektedir: "Doğrusu bu harîmin aşırı gitmediği sürece akarsuyun sahibine ait olacağıdır."

e) Ağacın harimi: Mevat arazide dikilen ağacın harimi dört bir yandan beşer arşındır. Bu harim içerisinde başkası ağaç dikmek imkanına sahip değildir. Çünkü kişinin, meyvesini toplamak ve oraya gerekeni koymak için bu kadar bir harime ihtiyacı vardır. Peygamber (a.s.) de ağacın harimini beş arşın olarak tayin etmiştir.(2)

Malikîlere göre: (3)

a) Kuyunun harîmi: Etrafında kendisine bitişik olan arazidir. Bu da kuyunun büyüklüğüne, küçüklüğüne, arazinin sertliğine veya yumuşaklığına göre değişir. Arazinin iç tarafını da kapsamına alır. Bir başkasının böyle bir kuyunun suyunu kurutacak veya giderecek yahut da pisliği oraya ulaşacak şekilde bir necaset atmak suretiyle onda değişiklik yapacak bir iş yapmaya hakkı yoktur. Aynı şekilde inşaat yapmak ve ağaç dikmek gibi arazinin üstünü ilgilendiren hususları da kapsamına alır.

b) Evin harîmi: Giriş ve çıkış yerleri, destek yerleri ve bunun gibi, ev halkının ihtiyaç duyduğu toprağın atılacağı, evin oluğunun akacağı yerlerdir.

c) Feddan (4) harimi ise onun yakınları, giriş ve çıkışlarıdır.

d) Köyün harimi: Odun elde edilen yer ve merasıdır.

e) Ağacın harimi: Örfen maslahat bulunan yerlerdir, ağacın sahibi ona zarar verecek onun yakınında yapılacak her hangi bir bina, ağaç dikmek, kuyu kazmak ve buna benzer işleri yapmak isteyen kimseleri engelleyebilir.

1- Burada anlatılmak istenen, temizlenmesi esnasında çamurun atılması ve yürümek için yer bulundurulmasıdır.

2- Ebu Dâvud *Sünen*'inde Ebu Said el-Hudrî'den rivayet etmiştir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 293.

3- *eş-Şerhu's-Sağir,* IV, 89; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 339.

4- Feddan, 5760 m2'ye, o da 240 kasabaya eşittir. Dönüm ise 1000 m2'dir. (Bir kasaba 3,55 m gelir.)

Şafiîlere göre: [1]

Harimin miktarının tayin edilmesinde örfe baş vurulur. Hatta bu konuda nas ile belirtilen hükümlerde örfe ve ihtiyaca riayet edilmiştir. Harim ise açıklamış olduğumuz gibi: Yapılan imar ile, -o olmaksızın aslen yararlanmak mümkün olmakla birlikte- tam anlamıyla yararlanabilmek için ihtiyacın gerektirdiği miktardır.

İhya edilmiş köyün harimi, toplanıp konuştukları meclisleri, atlarının ve develerinin kaldıkları yerler, kül ve benzeri çöplerini attıkları yerler, koyunların kaldıkları, suyun aktığı, çocukların da oynadığı yerler ve benzer bölgelerdir.

Mevat arazide kazılmış kuyuların harimi de, oradan su çekenin duracağı (su çekmek maksadıyla kuyunun başında duran kimsenin kalacağı) yerdir. [2] Havuz (su çekenin kuyudan çıkardığı suları döktüğü yer), dolap ve davarların, ekinlerin sulanması için havuzdan alınan suyun içine doldurulduğu oluk, su çekenin eğer hayvan ile çekiyorsa gidip geldiği veya çeken kişinin gidip geldiği yerler mevat arazide kazılmış kuyunun harimidir.

İçmek maksadıyla kullanılan kuyunun harimi ise, su çekilecek yerdir.

Akarsuyun harîmi: Çamurun ve içinden çıkartılacak şeylerin bırakılacağı alandır, oranın örfüne göre tayin edilir. Bunun delili ise daha önce gördüğümüz Abdullah b. Mugaffel'in rivayet ettiği Peygamber (a.s.)'in şu buyruğudur: *"Her kim bir kuyu kazacak olursa davarlarının gidip gelmesi için onun çevresinde kırk arşınlık yeri (harimi) vardır."* Mevat arazide inşa edilmiş evin harimi ise külün, çöpün, karın atıldığı yer ve kapı yönünden geçmek için bırakılan bölgedir.

Yer altı kuyularının harimi ise: Eğer bu harim içerisinde (başka bir kuyu) kazılacak olursa, suyu eksilir veya yıkılmasından korkulursa oralar harimdir. Etrafı evlerle çevrilmiş olan evin ise harimi yoktur, herkes kendi mülkünde âdet üzere tasarruf eder, her hangi bir haksızlıkta bulunursa tazminatını öder.

Harem bölgesindeki mevatın ihya edilmesi caizdir. Nitekim o bölgenin mamur olan kısımları satış ve başka yollarla mülk edinilir. Şu kadar var ki Arafat, Müzdelife ve Mina bundan müstesnadır. Bu gibi yerlerin ihya edilmeleri caiz değildir. Çünkü Arafat'ta vakfe vardır, oralarda ve başka yerlerde hac ibadetleri eda edilir. Bu gibi yerler yol, şehrin dışındaki bayram namazgâhı, su için gidip gelinecek yerler gibi insanların topluca kullanacakları umumi yerlerdir.

Hanbelîlere göre: [3]

Âdî [4] (Âd kavmine nisbet edilen) kuyu: Körelmiş eski ve suyu çekilmiş olup yeniden kazılıp imar edilen veya suyu kesildikten sonra ona ve harimine malik olan

1- *Muğni'l-Muhtâc,* V, 363 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 424 vd.

2- Kendi mülkünde açılmış ise o takdirde bu konuda örfe itibar edilir.

3- *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 212 vd.; *el-Muğnî,* V, 542.

4- Burada maksat, bizzat Âd kavmi değildir. Ancak Âd eski dönemlerde yaşamış bir kavim olduğundan ve bölgede izleri bulunduğundan, eski olan her şey ona nispet edilmiştir. Bu bakımdan Âdî kuyular, eski kuyular olarak tarif edilmiştir.

ihya edici tarafından suyu çıkartılan kuyudur. Böyle bir kuyunun harimi dört bir yandan ellişer arşındır.

Âdî olmayan (bedî') kuyu: Böyle bir kuyunun harimi Âdî kuyunun hariminin yarısı kadardır ki, bu da dört bir yandan yirmi beşer arşındır.

Ebu Ubeyd'in *el-Emvâl*'de, Saîd b. el-Müseyyeb'den şöyle dediği rivayet edilmektedir: *Âdî kuyunun hariminde sünnet elli arşındır. Sonradan yapılmış (bedî') kuyusunun hariminde sünnet ise yirmi beş arşındır. Ekim kuyusunun harîmi ise üç yüz arşındır."*

Mevattaki pınarın ve kanalın harimi ise, çevresinden beş yüz arşındır. Burada "arşın"dan kasıt, el arşınıdır. Çünkü mutlak olarak zikredildiği takdirde hatıra gelen arşın budur.

Akarsuyun her iki tarafından harimi ise, daha hızlı akmasını sağlamak ve sahibine zarar veren şeyleri atabilmek ve temizleyebilmek için her iki yanından ihtiyaç duyulan kadardır. Çünkü bu su o arazinin sahibinin aleyhine mülk edinilmiş bir şeydir. İhtiyaç duyulan bu miktar çok olsa bile durum böyledir. Aynı şekilde oraya girmek için gerekli olan miktar da harime dahildir. Çünkü bu da ondan faydalanmak için gerekli olanlar arasında yer alır.

Ağacın harimi ise, dallarının uzandığı miktar kadardır. Hurma ağacının harimi yana doğru dallarının uzandığı kadardır. Çünkü daha önce geçen Ebu Said el-Hudrî'nin hadisinde şöyle denmektedir: *"Peygamber (a.s.)'e bir hurma ağacının harimi hususunda şikâyette bulunuldu. O da dallarından birisinin getirilmesini emretti, yedi veya beş arşın olduğu görüldü; o da buna göre hükmünü verdi."*

Ziraat arazisinin harimi ise, orayı eken kimsenin sulamak için hayvanlarını bağlamak, artıklarını ve benzerlerini atmak için gerek duyacağı miktar kadardır. İhtiyacı olmayan suları akıtması buna örnektir. Çünkü anılan bütün bu hususlar ziraatin merafıkındandır.

Evin harimi: Toprağın, çöplerin, karın, oluk suyunun dökülceği ve kapısına doğru gidip gelinecek yerlerdir. Bütün bunlar evin sakinlerinin kendisinden yararlanacağı irtifaklardır.

Dört bir yandan başkalarına ait mülklerle kuşatılmış bir evin harimi yoktur. Çünkü harim merafıklardandır. Başkasının mülkünde ise irtifak olmaz. Çünkü o evin maliki, evinde daha bir hak sahibidir. Onların her birisi kendi mülkünde tasarruf eder ve faydalanır. Bu tasarruf ve faydalanma âdete göre olur. Adeti aştığı takdirde âdet ile amel ederek bu aşma engellenir.

Buna göre bir kimse, kendi arazisinde bir kuyu kazsa, bu da komşusunun kuyusunun suyunu eksiltse Hanbelîlere göre o kuyunun suyunun kapatılması gerekir.

Hanefîlere göre ise ona bir şey düşmez. Çünkü yerin altında bulunan su, kimsenin mülkü değildir. *Mecelle*'de açıkça hükme bağlanan da budur (madde- 1288).

HİMA ve İKTA

HİMA

1. Hima'nın (Koruma altına alma) Aslı, Manası ve Meşruluğu

Aslı ve Manası: Cahiliye dönemindeki Araplarda hima'nın aslı şudur: Onlardan herhangi bir başkan, verimli bir araziye konakladığı takdirde yüksekçe bir yerde bir köpeği havlatırdı. Bu başkan o köpeğin sesinin ulaştığı her tarafı dört bir yandan kendisi adına himayeye alırdı. Orada ondan başkası hayvanlarını otlatmadı, bununla birlikte kendi hayvanları başkalarıyla birlikte otlardı.

Böyle bir uygulama şer'an caiz olamaz. Peygamber (a.s.) de böyle bir şeyi nehyetmiş bulunmaktadır. Çünkü böyle bir uygulama insanların imkânlarını daraltır, baskı altına alır ve hakları olan bir şeyden yararlanmalarını engeller.

Hima; "himaye altına alınmış" anlamında kullanılır. Yani ism-i mef'ul manası kasdı ile mastardır. Ya da bu kelime ile maksat, himaye altına almak ve tahcir etmektir. Şer'an manası ise; imamın (İslâm devlet başkanının) her hangi bir mevat araziyi himaye altına alarak insanların orada bulunan otlarda, meralarda hayvanlarını otlatmasını engellemesidir. Bunu da Müslümanların menfaatine göreceği işlere tahsis etmek için yapar. Malikî mezhebi alimleri şer'î hima'yı şu sözleriyle tarif ederler: İmamın (İslâm devlet başkanının) özel bir yeri, başkasının ihtiyacı için himaye altına almasıdır. (1)

Meşruluğu: Hiçbir kimsenin, mevat (ölü, tarıma elverişli olmayan) bir araziyi, mevatın ihya edilmesini ve hayvanların orada bulunan meralarda otlatılmasını

1- *Neylü'l-Evtâr,* V, 308; *el-Muğnî,* V, 528 vd.; *ed-Derdîr, eş-Şerhü'l-Kebîr,* IV, 68 vd.; *eş-Şerhu's-Sağîr,* IV, 92; *el-Mühezzeb,* I, 427; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 223 vd.

önlemek maksadıyla himaye altına alması caiz değildir. Çünkü es-Sa'b b. Cessâme şöyle rivayet etmektedir: *"Peygamber (a.s.) buyurdu ki: Allah ve Resulü'nden başkasının himası yoktur"* '[1]

Şafiîlerdeki sahih görüşe göre ve diğer mezheplerin ittifakıyla İslâm devlet başkanının mücahitlerin atları ve cizye davarları (neam) [2], zekât develeri, zayıf ve güçsüzlerin küçük baş hayvanları için bazı yerleri himaye altına alması caizdir. Bunun delili ise Peygamber (a.s.)'in en-Nakî [3] denilen yeri, Müslümanların atları için himaye altına almış olmasıdır. [4] Bunu Amir b. Abdullah b. ez-Zübeyr'in babasından yapmış olduğu şu rivayet de desteklemektedir. *"Amir dedi ki: Ey mü'minlerin emiri! Biz cahiliye döneminde topraklarımız için savaştık. İslâm döneminde de bu topraklarımız üzerinde oturuyorken İslâm'a girdik, müslüman olduk. Sen ne diye bu topraklarımızı himaye altına alıyorsun?"* Ömer (r.a.) başını önüne eğdi ve solumaya ve bıyıklarını burmaya başladı. Bir işten hoşlanmadığı zaman bıyıklarını burar ve solurdu. Bedevî Arap onun bu durumunu görünce aynı sözlerini tekrarlamaya koyuldu. Bunun üzerine Ömer (r.a.) şöyle dedi: *"Mal Allah'ın malıdır, kullar da Allah'ın kullarıdır. Eğer Allah yolunda sırtına yük vurduklarım (yani cihad için kullanılan atlar) olmasaydı, bir karış araziyi dahi himaye altına almazdım."*[5]

İmam Malik de şöyle demiştir: Bana ulaştığına göre o her sene kırk bineğin sırtında yük taşırdı. Bir seferinde de "atın sırtında" ifadesini kullandı.

Buharî der ki: *"Bize Hz.Peygamber (a.s.)'in en-Nakî, Ömer (r.a.)'in de Şeref ve Rebeze adlı arazileri, himaye altına aldıkları haberi ulaşmış bulunmaktadır."*[6]

Hz. Ömer (r.a.)'in azadlısı Eslem'den rivayet edildiğine göre; *"Hz. Ömer, Huneyy diye adlandırılan bir hizmetçisini, himaye altına aldığı yerde görevlendirdi ve ona şöyle dedi: "Ey Huney! Sen Müslümanlara karşı iyi davran. Onlara her hangi bir şekilde zarar verme.* [7] *Mazlumun bedduasından da kork! Çünkü mazlumun*

1- Bu hadisi Ahmed, Buharî ve Ebu Davud rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 308.

2- *en-Neam:* Deve, sığır ve koyuna verilen isimdir.

3- *en-Nakî:* Medine'den yirmi fersah uzaklıkta bilinen bir yerdir. Alanı 1x8 mildir. *Nakî* aslında suyun ıslattığı, dolayısıyla su bulunduğundan dolayı yeşilliği bol olan yer demektir. Fersah 5544 metre, mil ise 1848 metredir.

4- Ahmed, İbn Ömer'den rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V.A., 308, Buharî ve Ebu Dâvud da es-Sa'b b. Cassâme'den rivayet etmişlerdir. *Camiu'l-Usûl,* III, 331.

5- Bu hadisi Ebu Ubeyd, isnadı ile Amir b. Abdullah b. ez-Zübeyr'den rivayet etmiştir. Buharî ve *Muvatta'da* ise Hz. Ömer'in hizmetcisi Eslem'den rivayet edilmiştir. *Câmiu'l-Usûl,* III, 328 vd.

6- Buharî, es-Sa'd b. Cessâme'den rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* aynı yer *eş-Şeref:* Mekke'ye yakın bir yerdir. Rebeze ise Mekke ile Medine arasında meşhur bir yerin adıdır. (Matbu Buhârî Nüshalarında -meselâ Âmira, III, 78- ve *Neylü'l-Evtâr*'da -V, 348, Kahire, X.y.- belirtildiğine göre Buharî'nin bazı rivayetlerinde bu kelime "Seref" ve "Serif" şeklinde de kaydedilmektedir. -Çeviren)

7- Fakihlerin kitaplarında deyiminin manası, "Müslümanlara haksızca, onlara zarar vermek için elini

duası kabul edilir. Şureybe ve guneyme (1) *sahibini oraya al, sakın İbn Avf ile İbn Affân'ın* (2) *davarlarını oraya alma. Çünkü onların davarları helâk olacak dahi olsa, geride hurmalıkları, ekinleri vardır." Sureyme ve guneyme sahiplerinin davarları telef olacak olursa yanıma çoluk-çocuğu ile gelir ve: "Ey mü'minlerin emiri! Ben onları böyle mi bırakayım? Baban olmayasıca* (3) *diyecek olsa ben ne yaparım? Su ve ot, benim için altın ve gümüş vermekten daha kolaydır. Allah'a yemin ederim, onlar (topraklarından bir kısmını himayeye aldığım kimseler) benim kendilerine zulmettiğim görüşündedirler. Çünkü orası onların topraklarıdır. Cahiliye döneminde o topraklar için savaştılar. İslâm döneminde de o topraklar üzerinde Müslüman olarak bulunuyorlar. Nefsim elinde olana yemin ederim, eğer Allah yolunda sırtına yük vurduğum mal olmasaydı; onların topraklarından aleyhlerine bir karış toprağı dahi himayeye almazdım."* (4)

İbn Kudâme der ki: (5) "İşte bu ashap tarafından icma ile kabul edilmiştir. Çünkü Müslümanların maslahatına olan işlerde İslâm devletinin başkanları Resulullah (a.s.)'ın yerini tutar. Peygamber (a.s.)'in de şöyle buyurduğu rivayet edilmiştir:

"Allah her hangi bir peygambere bir şeyi (bedelsiz olarak) yedirecek olursa mutlaka bunu ondan sonra (yerine geçecek) kimseye de yedirir." Bu hadisi İmam Ahmed rivayet etmiştir.

Malikîler (6) şer'î himanın caiz olması için dört şart öngörürler:

1- Müslümanların ona ihtiyaçlarının bulunması: İmam (İslâm devlet başkanı) veya onun naibi, ihtiyaç olmadığı takdirde kendisi adına da, başkası adına da himada bulunamazlar.

2- Himaye altına alınan arazinin çok değil, az olması gerekir. *Az,* insanların aleyhlerine durumlarında darlık meydana getirmeyecek kadar toprak, *çok* ise, insanların aleyhine darlığa sebep olacak kadar miktardır.

3- Himaye altına alınan yer *"afa"* olacaktır; yani inşaat ve ziraat alanı olmayacaktır.

---

uzatma!" Yani "Onlara karşı alçak gönüllü davran ve bu konuda Allah'tan kork!" demektir.

1- *Sureyme: Surma* kelimesinin tasgiri (küçültmesi)dir. Otuz kadar deve bulunan deve sürüsünün adıdır. Yani yirmi ila otuz arasındaki deve sürüsünün adıdır. Ya da ondan kırka kadar olan deve sürüsüne verilen addır. *Guneyme* ise kırktan yüze kadar olan koyun sürüsüne verilen addır.

2- Yani, "Bunların davarlarını himaye altına alınan bölgeye sokma. Çünkü bunlar zengin kimselerdir. Davarlarının telef olmasının onlara bir zararı olmaz."

3- Bu deyim zahiren yergi manasınadır. Ancak bundan maksat, bir şeyi yapmaya teşvik etmektir.

4- Buhari rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* aynı yer. (Ancak *Neylü'l-Evtâr'da* bu rivayetin Ahmed, Eb Davud, İbn Mace ve Tirmizî tarafından zikredildiği belirtilmekte; Buharî'den söz edilmemektedir. -çeviren-)

5- *el-Muğnî,* V, 530.

6- *eş-Şerhü'l-Kebîr,* IV, 69; *eş-Şerhu's-Sağîr,* IV, 92.

4 - Himadan maksat, cihad ve buna benzer bütün Müslümanların maslahatının gerçekleştirilmesi olmalıdır. Yani himaye altına alınan yerde savaş hayvanları yahut zekât hayvanları veya zayıf Müslümanların hayvanlarının otlaması ve yayılması gerekir.

İmamın vekili, imam gibidir. Bu konuda imam kendisine izin vermese dahi böyledir. İktada ise durum bunun hilafınadır. Devlet başkanı naibi izinsiz ikta yapamaz. Çünkü ikta vasıtası ile temlik husule gelmektedir. Bu bakımdan himanın hilâfına iktada izinin bulunması kaçınılmazdır.

2. Peygamber (s.a.)'in veya O'nun Dışında Her Hangi Bir İmamın Himasının Hükmü: (1)

Ona ihtiyaç duyulduğu sürece kimse onu nakzedemez ve değiştiremez. Çünkü böyle bir hima, adeta delil ile hükme bağlanmış gibidir. Bu himaye alınan bölgeden her hangi bir parçayı ihya eden bir kimse oraya da malik olamaz.

Eğer ona ihtiyaç kalmayacak olursa, bu konuda Şafiîlerle Hanbelîlerin iki görüşü vardır: Birincisine göre caizdir, çünkü bunu gerektiren sebep ortadan kalkmıştır.

İkincisine göre ise caiz değildir. Çünkü Resulullah (a.s.)'ın hüküm verdiği şey bir nastır; ictihad ile onun nakzedilmesi caiz değildir.

Peygamber (a.s.)'den sonra bir başka İslâm devlet başkanı hima yapsa, daha sonra onu bizzat kendisinin veya bir başka imamın değiştirmesi caizdir.

İmamdan sonra bir kimse orayı ihya edecek olsa, bu konuda Şafiîlerle Hanbelîlerin de iki görüşü vardır:

Birinci görüşe göre ihya eden, ihya ettiği o kısma malik olmaz. Tıpkı Resulullah (a.s.)'ın himaye altına aldığı yere malik olamayacağı gibi. Diğer taraftan imamın içtihadının nakzedilmesi caiz değildir.

İkinci görüşe göre ihya ettiği yere malik olur. Çünkü imamın himaye altına alması bir içtihattır. İhya yoluyla araziye malik olmak ise nassın gereğidir. Nas da içtihattan önce gelir.

İKTA

1. Tarifi ve Meşruluğu:

Tarifi: İkta, ölü arazilerin bir kısmını bazı kişilere tahsis etmek demektir. Bu arazinin maden veya bir yer olması arasında bir fark yoktur. İkta ile o kimse o arazide veya yerde başkasına göre öncelikli (hak sahibi) olur. Şu kadar var ki tahsis edilen bu kısmın, hiç bir kimseye ait olmayan mevat (ölü arazi)'tan olması şartı var-

1- *el-Mühezzeb,* I, 427; *el-Muğnî,* V, 530; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 234.

dır.

Kısaca ikta, imamın Allah'ın malından her hangi bir şeyi ehil gördüğü kimseye helâl kılmasıdır. Bu kelime çoğunlukla arazi hakkında kullanılır: O zaman da, imamın uygun gördüğü kimseye bir tarlayı veya oradan çıkanı vermesi demek olur. Bu vermek de ya tarlayı ona temlik edip onun da burayı imar etmesiyle ya da belli bir süre bu tarlanın gelirini ona vermek suretiyle gerçekleşir. [1]

Meşruluğu: İmamın ölü araziyi ihya yoluyla mülk edinecek kimseye ikta olarak vermesi caizdir. Çünkü Vail b. Hucr'den şöyle rivayet edilmiştir: *"Peygamber (a.s.) Hadramevt'te bulunan bir araziyi ona ikta olarak vermiş ve yerini tayin edip vermek üzere de Muaviye'yi göndermiştir."* [2] İbn Ömer de şunu rivayet etmektedir: *"Peygamber (a.s.) ez-Zübeyr'e atının koştuğu yer kadar bir araziyi ikta olarak verdi. O da atını koşturdu. Nihayet durdu. Daha sonra da kamçısını attı ve: "Kamçının ulaştığı yere kadar olan kısmı ona ikta olarak veriniz" dedi"* [3] Amr b. Şuayb'ın rivayetine göre de: *"Peygamber (a.s.) Cuheyne veya Muzeyneli bir grup kimseye bir araziyi ikta olarak vermiştir."* [4]

Yine rivayete göre Ebu Bekir (r.a.) ez-Zübeyr'e, Ömer (r.a.), Ali (r.a.)'ye, Osman da Resulullah (a.s.)'ın ashabından beş kişiye (Allah hepsinden razı olsun) ikta vermişlerdir. Bu beş kişi Zubeyr, Sa'd, İbn Mes'ud, Habbab ve Usâme b. Zeyd'dir. Nafi'nin Ebu Abdullah'tan rivayet ettiğine göre: *"O, Ömer (r.a.)'e şöyle demiştir: "Bize yakın Basra'da bir yer var. Orası harac arazisinden değildir. Müslümanlardan kimseye de zararı yoktur. Eğer orayı bana ikta olarak vermeyi uygun görürsen, ben de orasını atlarımın alafını temin etmek için ekip biçerim."* Bunun üzerine Ömer (r.a.), Ebu Musa el-Eş'arî'ye şunu yazdı: *"Eğer durum dediği gibi ise orayı ona ikta olarak ver."* [5]

Gelirinden faydalanmak üzere madenlerin ikta edilmesi de caizdir. Ancak madenlerin rekabesi temlik edilemez. Çünkü İbn Abbas'ın şöyle dediği rivayet edilmektedir: *"Resulullah (a.s.) Muzeyneli Bilâl b. el-Hâris'e, Kabeliyye* [6] *madenlerini Celsî ve Cavri olanıyla ve Kuds* [7] *taraflarında ziraate elverişli olan kı-*

1- *Neylü'l-Evtâr,* V, 311.

2- Tirmizî rivayet etmiş ve *sahih* olduğunu belirtmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 312.

3- Bu hadisi Ahmed ve Ebu Dâvud rivayet etmiştir. Ancak isnadında tenkit edilmiş bir kişi vardır ki, bu da Abdullah b. Ömer b. Hafs b. Âsım b. Ömer b. el-Hattâb'dır *Neylü'l-Evtâr,* V, 312.

4- Saîd b. Mansur *Sünen*'inde rivayet etmiştir.

5- Bütün bu rivayetleri Ebu Ubeyd *el-Emvâl*'de kaydetmektedir.

6- *et-Taberiyye:* Deniz sahili tarafında Medine'ye 5 günlük mesafede bir yerdir.

7- *el-Cels:* Yüksek olan her yer hakkında kullanılır. Necid toprakları hakkında da kullanılır. *Gavrî:* Gavr'a nispettir. *Kâmus*'ta belirtildiğine göre Gavr, Zat-i Irk denilen yerden denize kadar olan bölge hakkında kullanılır. Aynı şekilde Tihâme'den batıya doğru bütün bayırların da adıdır. el-Kuds ile Hûrân arasında iki fersah eninde üç günlük bir mesafesi olan bir yerdir, Süleymoğullarına ait bir diyarın, el-Adeviyye oğullarına ait de bir sudur.

sımları ile ikta olarak verdi, ona hiçbir Müslümanın hakkını da vermedi."[1]

2. Türleri

İkta üç kısımdır: Temlîk, istiğlâl (gelirinden faydalanma) ve irfak. Temlik iktai, mevat, mamur yer ve madenler kısımlarına; istiğlâl iktaı da öşür ve haraç türlerine ayrılır.

Mevatın ikta edilmesinin hükmü:

Mevatın ikta edilmesi mezheplerin ittifakı ile caizdir. İmam, mevatı ihya edecek kimseye ikta olarak verebilir. Çünkü bu durum, ülkenin imarı sonucunu doğurur. Zira Peygamber (a.s.) önceden de açıklamış olduğumuz gibi Bilâl b. el-Haris'e el-Akik denilen yeri ikta olarak vermiş, Ebu Bekir, Ömer ve Osman da ashaptan bir grup kimseye aynı uygulamayı yapmışlardır.

Malikilere göre: İmam bir araziyi bir kişiye ikta olarak verecek olursa o kişi oraya malik olur.[2] İsterse her hangi bir şekilde orayı imar etmemiş olsun. O kendisine ikta edilen bir araziyi satabilir, hibe edebilir ve ondan miras kalır. İkta, ihya türünden bir şey değildir, o mutlak bir temlikten ibarettir.

Malikîlerin dışında kalan cumhura göre: [3] Mevat araziye ikta ile malik olunmaz. Çünkü orası temlik edilecek olursa onun geri alınması caiz olmaz. Aksine ikta yapılan kişi, ihya hususunda yolda tahcir yapan, yani orayı kendi menfaatine çeviren kimsenin durumuna benzer. Hanefîlere göre azamisi üç yıl olan bir süre içeresinde orayı ihya edecek olursa, onda öncelikli hak sahibi olur. Çünkü Ömer (r.a.): *"Tahcir yapan kimsenin üç yıldan sonra bir hakkı yoktur"* demiştir.

İmamın, bir kimseye ihya edebileceği miktardan fazla ölü araziyi ikta etmemesi gerekir. Çünkü ihya edebileceği miktardan fazlasını ona ikta olarak vermesi insanlar arasında müşterek olan bir haktan aleyhlerine bir darlık meydana getirir ve bunun bir faydası yoktur. Bunun sonucunda da Müslümanlara zarar vermiş olur.

İmam her hangi bir kimseye ihya edilmesi mümkün olan miktardan fazlasını ikta olarak verecek olur, ondan sonra da bu kişinin orayı imar veya ihya etmekten aciz olduğu ortaya çıkarsa, imam orayı ondan geri alır. Nitekim Ömer (r.a.) de Bilâl b. el-Haris'ten imar edemediği miktarı geri almıştır. Daha önce ise el-Akik denilen bu yeri Resulullah (a.s.) ona ikta etmiş idi. İşte ikta'nın kendisi sebebiyle caiz oldu-

---

Burada kastedilen ise Kaberiyye madenlerinden yüksek veya alçak yerlerdir. Kuds ise *Kâmûs*'ta belirtildiği gibi Necid'de büyük bir dağın adıdır. Ziraate elverişli tümsekçe yer demek olduğu da söylenmiştir.

1- Ahmed ve Ebu Dâvud rivayet etmiştir. Aynı şekilde Amr b. el-Müzenî'den de rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 309.

2- *Mâverdî, el-Ahkâmu's-Sultâniyye,* 183; *Ebu Ya'lâ, el-Ahkâmu's-Sultâniyye,* 212; *Keşşâfu'l-Kınâ* 216; *eş-Şerhu's-Sağîr,* II, 90.

3- *el-Bedâyi,* VI, 194; *el-Mühezzeb,* I, 426; *el-Muğnî,* V, 526-527; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 216 vd.

ğu maslahatta gözetilen maksat da budur. Çünkü hüküm illeti ile birliktedir.

Hanbelîlere göre İslâm devlet başkanı, mevat olmayan araziyi mülk olarak da, intifa için de maslahat dolayısıyla ikta olarak verebilir. (1) Cizye malından caiz olduğu gibi, haraç malından da ikta caizdir. (2)

Malikîler de şöyle demektedir: (3) İmam Mısır, Şam ve Irak arazileri gibi anveten (savaşarak) fethedilmiş arazilerin mamur bölgelerini ikta olarak vermez. Yani ekim için elverişli olan yerleri mülk olarak veremez. Çünkü Malikîlere göre bu gibi yerler vakıftır. Böyle bir yeri ancak gelirinden faydalanmak üzere ikta olarak verebilir. Talul ekmeye elverişli olmayan, fakat ağaç dikmeye elverişli olup akar türünden olmayan yerler ise mevat arazi kabul edilir, bu gibi yerleri mülk olarak da intifa hakkı ile de ikta edebilir.

Sulh yolu ile alınmış araziler ise, mutlak olarak hiç kimseye ikta olarak verilmez. Çünkü bu gibi araziler sahiplerinin malıdır.

Mamur yerin ikta olarak verilmesinin hükmü:

Bu ikta, irfak (Merafık)'ın ikta edilmesi demektir. *Şafiîlerle Hanbelîlere göre:* (4) Mamur yerler arasında mescitlere ait geniş alanların ve benzerlerinin pazarlardaki oturma yerlerinin, geniş yolların intifa yoluyla ikta edilmesi caizdir. Kendisine ikta yapılan kişi buraya malik olamaz, ancak insanların menfaatlerini daraltmadıkça ve gidip gelenlere zarar vermedikçe buralardan faydalanabilir. Sözü geçen yerlerden kendisine her hangi bir ikta verilen kişi o yerde oturmaya daha bir hak sahibi olur. Çünkü imamın, durumu tetkik etmek ve içtihat etmek yetkisi vardır. O kişiye bir iktada bulunacak olursa, ikta sebebiyle o kişinin o yer üzerinde tasarrufu sabit olur. Artık o yerde başkasının gelip oturmak yetkisi olmaz. Kendisine ikta yapılan kişi, iktai bulunmayıp da öncelikle gidip orada oturan durumda olur. Ancak bu durumda aralarında şöyle bir fark vardır: Her hangi bir şeyi öncelikle ele geçiren kimse, eşyasını taşımak suretiyle oradan gidecek olursa, onun istihkakı ortadan kalkar. Çünkü kendisi sebebiyle hak sahibi olduğu mana da zail olmuştur. İktada ise, onun istihkakı zail olmaz. İster oraya eşyasını götürmüş olsun ister götürmemiş olsun, ister orada otursun ister oturmasın. Çünkü bu kişi oraya imamın iktaı ile hak kazanmıştır. Orada oturmayı terk etmek suretiyle oradaki hakkı zail olmaz.

Geniş alanlarda veya yollarda oturan kimsenin başkasına zarar vermeyecek şekilde çul veya örtü gibi şeylerle kendisine gölge yapması -ihtiyaçtan dolayı- caizdir. Bununla birlikte yolda her hangi bir bina yapmak hakkı yoktur; mescidin avlu-

1- *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 217.
2- Aynı yer.
3- *eş-Şerhu's-Sağîr,* IV, 91 vd.; *eş-Şerhü'l-Kebîr,* IV, 68.
4- *el-Mühezzeb,* I, 427; *el-Muğnî,* V, 526; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 217; *Mâverdî, el-Ahkâmu's-Sultâniyye,* 184; *Ebu Ya'lâ, el-Ahkâmu's-Sultâniyye,* 213.

sunda da böyle bir şey yapamaz. Çünkü bu yolla başkalarına sıkıntı verir.

Geniş bir yolda oturan bir kimse, komşusunun kendisiyle muamele yapanları görmesini engelleyecek yahut tartıda, ölçüde, almak veya vermekte ona sıkıntı verecek şekilde oturmak hakkı yoktur. Çünkü: *"Zarar da yoktur, zarara zararla karşılık vermek de yoktur"* hadisi bunu gerektirmektedir.

Madenlerin ikta edilmesi ve mülkiyetleri:

Burada madenlerin tarifi, madenler ile rikaz veya kenz (hazine) arasındaki fark, madenlerin türleri, bunların mülkiyetlerinin ve iktalarının mezheplere göre hükümlerinden söz edilecektir.

Araştırmak ve kazı suretiyle yer altından çıkartılan şey ya madendir ya define veya hazinedir.

Madenlerin tarifi: Madenler veya filizler altın, gümüş, bakır, demir ve kurşun gibi aslî yaratılışları itibariyle yerin altında bulunan şeylerdir.

Rikâz (define) veya *kenz* (hazine) ile sahibinin fiiliyle veya zelzele, fırtına, kasırga gibi ilahî bir hadisenin etkisi ile bir kavmin servetleriyle birlikte yerin dibine geçmesi sonucunda yer altında gömülü bulunan maldır.

Maden ve define arasındaki fark şudur: Maden arazinin bir parçasıdır. Define, araziden bir parça değildir. Bir insanın fiiliyle oraya bırakılmış ve gömülmüş bir şeydir. [1]

Madenlerin türleri:

Hanefîlere göre: [2]

a) Dövülerek işlenen madenler. Bu gibi madenlerden geniş parçalar, süs eşyaları, teller elde edilir veya fakihlerin tabiriyle, eritilip süs eşyası şekline konulur. Altın, gümüş, demir, bakır, kurşun vb.

b) Dövülemeyen, çekilemeyen veya eritilemeyen madenler: Elmas, yakut, billur, akîk, firuze, sürme, zırnık ve benzeri madenler.

c) Akan veya sıvı madenler: Petrol, zift ve buna benzer madeni yağlar.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [3] Madenleri zahir (görünen) ve batın (gizli) olmak üzere iki kısma ayırmışlardır.

a) Zahir madenler, çıkartılması veya ulaşılması için her hangi bir meşakkati gerektirmeyen türden olup toprak ile karışık bulunmayan ve meydanda olan ma-

1- *Tebyînü'l-Hakâik,* I, 287 vd.; eş-Şeyh Ali el-Hafîf, *Muhtasaru'l-Muâmelâti'l-Şer'iyye,* 29; *Dr. Muhammed Yusuf Mûsâ, Nazariyyetü'l-Akd,* 194.

2- *el-Bedâyi,* II, 67-68.

3- *el-Mâverdî,* a.g.e., 189 vd.; Ebu Ya'lâ, a.g.e., 219 vd.

denlerdir. Petrol, zift, tuz, sürme ve kibrit (kükürt) gibi.

b) Batın madenler, ortaya çıkartmak için bir gayret ve çabayı gerektiren türden olanlardır; altın, demir, bakır ve kurşun gibi.

Madenlerin hükmü:

Hanefîlere göre: (1)

Madenlerin bulundukları yerler Müslümanların veya ümmetin müstağni kalamayacağı tuz, zift ve petrol arazileri gibi mevat (ölü) arazi olmaz. O bakımdan imamın bu gibi yerleri her hangi bir kimseye ikta olarak vermesi caiz değildir. Çünkü bunlar bütün Müslümanların hakkıdır. İktada ise Müslümanların haklarının iptali söz konusudur; bu da caiz olamaz.(2)

Madenlerin mülkiyeti ve zekâtına dair hükümleri aşağıda gelecektir. Hanefîler maden ile hazinenin zekâtının miktarı konusunda fark gözetmezler. Define ise karada bulunan her ikisini de kapsar. Diğer taraftan denizde bulunan madenlerin varlığı da söz konusudur.

1- Maden:

a) Şayet Daru'l-İslâm'da sahibi olmayan bir arazide bulunursa ve bu maden dövülebilen ve çekilebilen cinsten altın, gümüş, demir, bakır ve kurşun türünden ise, az ya da çok olsun ganimetlerdeki farz hisse gibi bunların da beşte biri beytülmale aittir. Geriye kalan beşte dört ise, kim olursa olsun o madeni bulan, elde eden kimseye aittir. Ancak *müstemen harbî* müstesnadır; ondan madenin tamamı alınır.

Delilleri Peygamber (a.s.)'in: *"Ve rikazda (define) da beşte bir vardır"* (3) hadis-i şerifidir. Rikaz (define) ise, hakiki manasıyla madenin adıdır. Mecazi olarak da hazine hakkında da kullanılır. Çünkü Araplar bir kişi rikaz bulduğu takdirde= Adam rikaz buldu, derlerdi; rikazın asıl manası ise madenlerden çıkan altın parçaları demektir. (4) Ebu Yusuf da Ebu Hureyre (r.a.)'den şöyle dediğini rivayet etmektedir: Resulullah (a.s.) şöyle buyurdu: *"Rikazda humus vardır." R*ikaz nedir ey Allah'ın Resulü, diye sorulunca şöyle buyurdu: *"Allah'ın yeryüzünü yarattığı gün içinde halkettiği şeydir."* (5) Onlara göre bu nas, madenler hakkında da, gömülü mal hakkında da kullanıldığının delilidir; çünkü maden bir rikazdır.

1- *el-Bedâyi*, II, 65-68; *Tebyînü'l-Hakâik*, I, 288 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, II, 59 vd.

2- *el-Bedâyi*, VI, 164; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 308.

3- Bu hadisi Ahmed ve *Kütüb-i Sitte* sahipleri, Ebu Hureyre'den rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr*, IV, 147; *Nasbu'r-Râye*, II, 380.

4- Hükümde cumhur onlara muhalefet etmiş ve: "Madene rikaz denilemez; çünkü Hz. Peygamber: *"Maden hederdir, rikazda da beşte bir vardır"* buyurmuştur. Hadis-i şerifte atıf yapılarak aralarında fark gözetilmiştir. İşte bu, farklılığın delilidir.

5- *Nasbu'r-Râye*, II, 380.

b) Şayet maden dövülmeyi ve çekilmeyi kabul etmeyen elmas, yakut ve benzeri değerli taşlar türünden ise bunda beşte bir yoktur ve hepsi de bulana ait olur. Çünkü bu gibi şeyler arazinin cinsindendir. Toprak ve adi taşlar gibidirler. Bunların farkları parlak ve ışık saçıcı olmalarıdır. Taşta ise beşte bir yoktur.

c) Eğer maden, petrol ve zift gibi sıvı olursa beytülmalin de bundan alacak bir şeyi yoktur; hepsi bulana aittir. Çünkü bu gibi şeyler su gibidir, özel olarak elde edilmeleri için çalışılmaz; o bakımdan beşte biri alınması icap eden ganimetler gibi değerlendirilemezler.

Civada ise beşte bir vardır, çünkü civa tek başına işlenemese dahi başka madenlerle birlikte karıştırılarak işlenebilir, o bakımdan gümüşe benzemektedir.

d) Şayet maden bazı kimselerin mülkünde veya evinde, dükkanında bulunacak olursa bunun beşte dördünün mülk sahibine ait olacağı konusunda Hanefîler arasında bir görüş ayrılığı yoktur. İsterse ona ait arazide o madeni bir başkası bulmuş olsun. Çünkü maden araziye tabi unsurlardandır, zira maden arazi içinde yaratılan arazinin parçalarından sayılır.

Eğer bulunan maden -Ebu Yusuf ile Muhammed'e göre- dövülerek ve çekilerek işlenen türden ise, beşte biri de Beytülmale aittir. Çünkü daha önce gördüğümüz: *"Rikazda da beşte bir vardır"* hadis-i şerifi mülk olan arazi ile başka araziler arasında her hangi bir farka işaret etmemektedir.

Ebu Hanife'ye göre bu madenleri kendine ait arazide veya evinde bulan kimsenin beşte birini vermesi gerekmez.

2- Kenz (hazine):

a) Eğer bu kenzin, mushaf, üzerlerinde "Lâ ilâhe illallah Muhammedü'r-Resulullah" türünden şeyler yazılı dirhemler gibi, üzerinde İslâm alâmeti bulunmak suretiyle İslâmî kenz (hazine) olduğu anlaşılır ve dağlarda mağara ve benzeri mülk olmayan arazilerde bulunursa, *lukata* durumundadır. Onu bulan kimsenin bunu bildirmesi gerekir, ondan sonra fakir ise ondan yararlanır, zengin ise tasadduk eder.

b) Şayet üzerinde cahiliye dönemi alâmeti yahut Bizanslılara ya da İranlılara ait olduğuna dair alametler görülerek İslâmî olmadığı anlaşılırsa beşte biri beytülmale ait olur, geri kalan beşte dört ise bulana aittir. Bu konuda Hanefîler arasında her hangi bir görüş ayrılığı yoktur.

c) Şayet kenz (hazine), mülk olan (sahibi olan) bir arazide bulunacak olursa beşte birin vacip olduğunda görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Çünkü daha önce gördüğmüz: *"Ve rikazda (definede) da beşte bir vardır"* hadisi bunu gerektirmektedir. Geri kalan beşte dört ise bulana aittir. Ondan sonra da mirasçılarına ait olur. Bu, Ebu Hanife ile Muhammed'e göredir. Ebu Yusuf ise bu kenz (hazine) bulan kişiye aittir,

çünkü o "O hazineye başkasından önce kendisi ulaşmış bulunmaktadır" demektedir.

d) Şayet kenz (hazine) daru'l-harpte ve kimsenin mülkiyeti altında olmayan bir arazide bulunursa bulana aittir. Bunda beşte bir de yoktur. Çünkü bu, onun ne zorla ne de galip gelmek suretiyle almış olduğu bir maldır. Şayet mülk olan bir arazide bulunmuş ise beşte biri beytülmale aittir, geri kalanı ise Ebu Hanife ile Muhammed'e göre arazinin sahibine aittir. Ebu Yusuf'a göre ise bulana aittir. Çünkü bu öncelikle kendisi tarafından ele geçirilmiş mübah bir maldır. Yani daru'l-İslâm'da kabul edilen hüküm ne ise burada da odur.

3- Denizden çıkartılan madenler:

Ebu Hanife ile Muhammed'e göre inci, mercan, amber ve denizden çıkartılan her türlü süs eşyasının hepsi bulana aittir. Bunun delili ise İbn Abbas (r.a.)'a amber ile ilgili olarak sorulan soruya verdiği şu cevaptır: *"O, denizin (kıyıya) ittiği bir şeydir, onda beşte bir yoktur. Diğer taraftan kâfirlerin, içinden incinin amberin çıkartıldığı denizin iç tarafları üzerinde mülkiyetleri sabit olmaz. Bu bakımdan denizin içinden çıkan, onların yenik düşürülmesi yoluyla alınmış şeyler sayılmaz, bu bakımdan ganimet de olmaz; onda beşte bir de bulunmaz. Amber ise bilinen bir koku türüdür."*

Ebu Yusuf'a göre ise denizden çıkartılan her türlü süs ve mücevheratta beytülmale ait beşte bir vardır. Geri kalanı ise bulana veya onu çıkartana aittir. Bunun delili ise, Ömer (r.a.)'in bir inci bulan ve amiline (zekât memuruna) yazıp onda beşte birinin bulunduğunu bildirdiği mektubudur. Ayrıca kâfirler deniziyle, karasıyla arzın tümüne mâlik idiler. O bakımdan onların mallarından bize ulaşan bir şeyde beşte bir söz konusudur. Ganimetlerdeki beşte bir ise Kur'an nassıyla sabittir. [1] Çağımız devletlerarası şartlarında uyulmaya daha değer olan görüş de budur.

Ebu Ubeyd bu konuda değişik görüşler kaydetmektedir. Bazısı Ebu Hanife ve Muhammed'in görüşüne uygundur. Onun aktardığı görüşlerden biri de Hz. Ömer ve Ömer b. Abdülaziz'e ait olan görüştür: *"Denizin madenleri de karanın madenleri gibidir, nisaba ulaştıkları takdirde bunlarda da zekât vardır."* [2]

Malikîlere göre: [3]

Maden, rikazdan farklıdır. Rikaz ile kenz aynı şeydir. Maden ise yerden çıkan, belli bir çalışma ve tasfiye ile elde edilen altın ve gümüş gibi şeylerdir. Malikîlerin görüşü madenlerin mülkiyeti konusunda modern devletlerin bakış açısına uygun düşmektedir.

1- *el-Bedâyi,* II, 68.
2- *el-Emvâl,* 345-347.
3- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 102; *eş-Şerhu's-Sağîr,* I, 650-654.

1- Maden

Mülkiyeti bakımından maden üç türlüdür:

a) Eğer maden kimsenin mülkiyeti altında olmayan bir toprakta ise bu, devlet yöneticisinin ve onun naibinindir. Müslümanlardan dilediği kimseye -temlik olarak değil de- intifâ olarak ikta edebilir. Ya da maslahata veya kamu menfaati için onu beytülmale tahsis eder. Kendi topraklarında maden bulunan kimsenin o maden üzerinde özel her hangi bir hakkı yoktur.

b) Birisinin mülkiyeti altındaki arazide olması halinde de mezhepteki meşhur görüşe göre imama aittir. Ancak arazi sahibine ait olduğuna dair de zayıf bir görüş vardır.

c) Savaşarak ve sulh yolu ile ele geçirilmiş topraklarda olduğu gibi muayyen olmayan kimselere ait mülk arazide olması: Bu konuda mutemet görüşe göre, bu gibi madenler de imama aittir; burayı fethedenkimseye ait olduğuna dair de zayıf bir görüş vardır.

Netice olarak, Malikîlerin mezhebinde meşhur görüşe göre ister katı ister sıvı olsun madenler devlete aittir. Çünkü bu madenleri bazen kötü kimseler dahi ele geçirebilirler. Bu da fitnelere ve karışıklıklara sebebiyet verebilir.

Madenlerde verilmesi farz olan hak ise zekâttır, bunun miktarı da nisaba ulaştığı takdirde onda birinin dörtte biridir (Rub'u'l-uşr: kırkta bir) [1] Şayet nisabın altında ise hiç bir şey vermek gerekmez. Madenin zekâtında havl (üzerinden bir sene geçmesi) gerekmez, ekinlerde olduğu gibi anında zekâtı verilir.

2- Rikâz (Define):

Rikaz ve kenz aynı şeylerdir. Rikaz bulunduğu araziye göre farklı hükümler alır. Söz konusu bu araziler ise dört türlüdür:

a) Meskun olmayan uzak yerlerde bulunup cahiliye döneminde gömülmüş olması halinde bulana aittir. İster altın ister başka şey, az veya çok olsun mutlak olarak da beytülmale ait beşte bir hak vardır.

b) Mülk olan bir arazide bulunması halinde ise bulana ait olacağı da, arazinin malikine ait olacağı da söylenmiştir.

c) Savaşarak fethedilmiş bir arazide bulunması halinde bulana ait olacağı söylendiği gibi araziyi fethedenlere ait olacağı da söylenmiştir.

d) Sulh yoluyla fethedilen arazide bulunması halinde ise bulana ait olacağı da sulh ehline ait olacağı da söylenmiştir.

Bütün bu hükümler Müslümanların sikkesi müslümanlarca basılmış olmadığı

1- Sünnette sabit olduğu şekilde altın ve gümüşün zekât miktarı budur. *Neylü'l-Evtâr,* IV, 137.

hallerde söz konusudur. Şayet bulunan hazine Müslümanların sikkesi ise, hükmü *lukata* hükmüdür. Sahibi veya mirasçısı bilinmediği takdirde bir sene tanıtılır. Şayet tanıtılmayacak olursa onun konacağı yer, Müslümanların beytülmalidir.

Netice olarak, rikazda beşte bir vardır. Geri kalan miktarı ise eğer arazi mülk değil ise bulana kalır. Mülk ise ihya yoluyla o arazinin aslî malikine ait olur. Ondan sonra da mirasçılarına ait olur. Hiçbir şekilde halihazırdaki malikine ait olmaz. Halihazırdaki malikinin burayı satın alması veya hibe yoluyla ele geçirmiş olması durumu neticeyi değiştirmez.

Bu hüküm aslî malik (yani asıl ilk satıcısı veya hibe edici)nin bilinmesi halinde söz konusudur, değilse *lukata* olarak değerlendirilir.

Şafiîlere ve Hanbelîlere göre: (1)

a) Bunlara göre madenler ile rikaz farklı şeylerdir. Maden bizzat topraktan gelen ve bununla birlikte toprağın türünden olmayan şeydir. O arzın bir parçasıdır. Rikaz ise, cahiliye döneminin veya daha önceden kâfirlerin gömdükleri (define)'dir. Onlar iki tür arasında fark gözetirler. Bunlar zâhir ve batın madenlerdir.

Zahir madenler: Her hangi bir emek olmaksızın meydana çıkan ve karışım olmayan, ele geçirmek için çalışmak ve gayretin yeterli olduğu maden türleridir. Petrol, zift, tuz, kibrit (kükürt) gibi.

Batın madenler: Çıkartılmaları için belli bir çalışma ve faaliyeti gerektiren altın, gümüş, demir, bakır ve kurşun gibi madenler. Yani bunlar toprakla karışık vaziyette bulunduklarından başkalarından ayrılmasına ihtiyaç vardır.

b) Zahir madenlerin ister temlik ister irfak yoluyla her hangi bir kimseye ikta edilmeleri caiz değildir. Bu madenler herkese aittir ve herkes bunlardan istifade edebilir. Bu madenlerin içinde bulunduğu ölü arazinin ihya edilmesiyle madenlere malik olunmaz. Şafiîlerin görüşü böyledir. Hanbelîlerin daha zahir olan görüşünde de böyledir. Çünkü bu gibi hususlar Müslümanlarıyla kâfiriyle bütün insanlar arasında ortaktır. Su ve ot gibidirler. Hadis-i şerifte belirtildiği gibi: *"İnsanlar üç şeyde ortaktır: Su, ot ve ateşte."* Diğer taraftan bu tür madenler yerin bir parçası değildir. Dolayısıyla bu madenlerin bulunduğu araziyi ihya eden kimse kenzde olduğu gibi araziye malik oldu diye onlara da malik olmaz. Çünkü Peygamber (a.s.) birisine Me'rib tuzlarını ikta etmek istemiş, orada bulunanlardan birisi de şöyle demiştir: *"Ey Allah'ın Resûlü: O akan tatlı su gibidir. Bunun üzerine Peygamber: "O halde, hayır (ikta etmiyorum)" buyurdu"* (2)

1- *Muğni'l-Muhtâc,* I, 394-396; *el-Mühezzeb,* I, 157 vd., 425; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* IV, 253; *el Mâverdî,* a.g.e., 189 vd; *el-Muğnî,* III, 17-27, V, 520-524, 544; *Keşşâfu'l-Kınâ,* II, 259, 265, IV, 208 vd., 216 vd.; Ebu Ya'lâ, a.g.e., 219 vd.

2- Tirmizî, Ebu Dâvud ve diğer *Sünen* sahipleri rivayet etmiş olup İbn Hibban, Ebyad b. Hammâl'dan sahih olduğunu belirtmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 310.

Batın madenlere gelince; Şafiîlerde ezhar olan görüşe göre bu madenleri keşfedip ihya eden kimse mücerret kazı yapmak ve çalışmakla bunlara malik olmaz. Hanbeli mezhebinin zahiri de böyledir; yani zahir madendeki hüküm bunun için de geçerlidir. Çünkü kişinin arazinin ihyası ile malik olduğu şey, ihya edilen yerin o işi tekrarlaması söz konusu olmaksızın faydalanabilecek hale hazırlanmasıdır. Bunda ise yani madenin çıkarılma işleminde, her yararlanma esnasında sürekli bir tahribata ve tekrara ihtiyaç vardır. O bakımdan mücerret keşfetmek, madenlerin mülk edinilebilmesi için sebep teşkil etmez.

c) Kim ölü bir araziyi ihya eder ve bu yolla ona malik olur daha sonra da altın veya gümüş gibi onda batın bir maden olduğu ortaya çakarsa Şafiîlere göre ona malik olur. Çünkü o ihya yolu ile arazinin bütün kısımlarına da malik olmuştur, maden de onun cüzlerinden biridir. Rikaz (define) ve kenz (hazine) ise böyle değildir. Çünkü rikaz ve kenzde oradan ayrılmak söz konusu olduğundan dolayı, araziye tevdi edilmiştir. Zahir maden ise görmüş olduğumuz gibi, Şafiîlere göre ihya ile mülkiyet altına alınmaz, çünkü o herkesin hakkıdır. [1]

Hanbelîlere göre: [2] Kim ölü bir arazi ihya ederse ve ona malik olursa, oradaki madenlere de malik olur. Çünkü o toprağı bütün cüz ve tabakaları ile mülk edinmiştir. Bu maden de ondan bir parçadır. Dolayısıyla bu maden onun mülkiyetine girer. Petrol, zift ve su gibi akan madenlere gelince, onlardaki iki rivayetten ezhar olanına göre araziyi ihya eden ona malik olmaz. Çünkü insanlar ona ortaktır. Zira: *"İnsanlar üç şeyde ortaktır: Su, ot ve ateşte"* [3] hadisi de bunu gerektirmektedir.

d) Mevat arazide her kim başkalarından önce zahir veya batın bir madeni elde ederse, o elde ettiği şey üzerinde mülkiyet söz konusu olmaksızın başkalarına göre daha hak sahibidir. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Her kim bir Müslümanın daha önce ulaşmadığı şeye ulaşırsa o da onundur."* Bu hadisi Ebu Dâvud rivayet etmiştir.

Netice olarak Şafiî ve Hanbelî mezhebinin zahir görüşlerine göre; Zahir (açıktaki) madenler devlete aittir. Batın (gizli) madenler ise bu madenleri bulanın olmaz, bu madenler de devlete aittir. Eğer madenler bir kişinin ihya ettiği bir arazide bulunacak olursa Şafiîlere göre araziyi ihya eden kişi, batın madene malik olur. Hanbelîlere göre ise, sıvı olanlarına değil de yalnızca katı olan madenlere malik olur.

e) Madenlerdeki vacip (farz) hakka gelince: Eğer bu altın veya gümüş ise -sadece onlarda- onda birin dörtte biri (kırkta bir, yani yüzde iki buçuk) vardır. Han-

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 372-373.

2- *el-Muğnî,* V, 522,

3- İkinci rivayet ise, onlara malik olur, şeklindedir. Çünkü kendi mülkiyetindeki araziden çıkan bir şeydir. Bunlar da ekin ve katı madenlere benzer. Ebu Ya'lâ, a.g.e, 220'de bu rivayeti kabul etmektedir.

belîlere göre ise altın ve gümüşün dışında olup kıymeti nisaba ulaştığı takdirde yine hüküm böyledir.

f) Kenz (hazine)'e gelince: Eğer cahiliye döneminden kalma define ise, onun beşte biri beytülmale ait bir haktır. Geri kalanı ise eğer mülk olan bir arazide bulunmuş ise, o araziye kendi çalışması ile malik olan kimseye -bu iddiada bulunduğu takdirde- aittir. Değilse kendisinden malik olduğu kişilere yani kendisinden önceki maliklere aittir. Şayet mevat arzedilen veya ihya ettiği mülkte bulunacak olursa bulana aittir.

Şayet kenz (hazine) İslâmî olur, maliki de bilinirse ona aittir, değilse o *lukatadır*. Aynı şekilde İslâmî veya cahili olduğu bilinmiyorsa, maliki bilindiği takdirde malikinindir, değilse *lukatadır*. Bu konuda da Şafiîlerle Hanbelîler arasında ittifak vardır.

İRTİFAK HAKLARI

1. İrtifak Hakkının Tarifi

İrtifâk: Sözlükte, bir şey ile yararlanmak demektir. Şer'an ise eksik (nakıs) mülkiyet türlerinden birisidir [1] ve bu hak, aynî bir hak [2] olup başkasının mülkü olan bir akardan bir başka akarın menfaati hakkında sözkonusudur. Bu başka akarın malikinin kim olduğunda bakılmaz. Suyun komşunun arazisinden geçirmek, yahut da kirli bir suyu belli bir menfeze akıtmak veya başkasına ait olan araziden geçmek veya başkasının evi üstünde bina yapmak (yükselme hakkı=teali hakkı) gibi. Bu irtifak hakkının söz konusu olduğu arazinin amme mülkü olması ile özel bir mülk olması arasında fark yoktur. İrtifak hakkına sahip akar ile, bu hakkın bağlı olduğu akarın sahibinin kim olduğuna da bakılmaz. Bu bakımdan irtifak hakkı "aynî bir hak" olmak niteliğine sahiptir. Şayet her iki akar da aynı kişinin mülkiyetinde olursa, irtifak hakkı sabit olmaz.

2. İrtifak Hakkı İle İntifa Hakkı Arasındaki Fark

Bu iki tür hak da şahsî değil, aynî haklar türündendir. Bununla birlikte

---

1- Mülk, bilindiği gibi iki türlüdür. Bu da tam mülkiyet, bir şeyin bizzat kendisine malik olmak ve nakıs (eksik) mülkiyet, yani bir şeyin menfaatine mâlik olmaktan ibarettir. Menfaatin mülkiyeti bazen intifa eden kişiye ait şahsî, yani şahsına tabi bir hak olur, mülk olan ayna tabi olmaz; bazen de aynî bir hak, yani mülkiyet altındaki ayna tabi daimî bir hak olur. O takdirde bu hak, kişiden kişiye intikal eder.

2- Modern hukukçuların anlayışına göre *hak,* aynî ve şahsî haklar olmak üzere iki türlüdür. Aynî haklar, kişi ile bizatihi muayyen bir şey arasındaki direkt ilişkidir, mülkiyet hakkı ve irtifak hakkı gibi. Şahsî hak ise, iki kişi arasındaki hukukî ilişkidir. Bunlardan birisi bir işi yapmakla yükümlü iken, öteki o işi yapmamaktadır. Borçlunun alacaklı ile olan ilişkisi buna örnektir. Bu durumda borçluya borcunu ödemesi teklif edilir; bu bir iştir. Aynı şekilde emanet veren ile bu emanetin ilişkisi de buna örnektir. Birincisinin emanet üzerinde bu emaneti kullanmama hakkı vardır. Bu da bir işten kaçınmaya dair örnektir.

aralarında bazı farklılıklar bulunmaktadır. [1]

1- İrtifak hakkı bir akar için söz konusudur. İntifa hakkı ise kişi için söz konusudur. Meselâ, bir araziden bir başka araziye geçiş hakkı, ikinci arazi için ön görülmüş bir haktır. O araziye malik olan herkes, ondan istifade edebilir, bu haktan muayyen bir kişinin istifade etmesi söz konusu değildir.

İntifa hakkı ise, intifa eden kişiye has bir haktır. Bu kişi öldüğü takdirde onun hakkı son bulur. İcare ve iare gibi hayatta olanlar arasında meydana getirilmiş bir hak olması ile, vasiyet ve vakıf gibi ölmüş ve hayatta olan birisi arasında meydana gelmiş bir hak olması arasında fark yoktur.

2- İrtifak hakkı her zaman için akar hakkında söz konusu olur. Bu bakımdan bu hak sebebiyle böyle bir arazinin kıymeti böyle bir hakkın söz konusu olmadığı arazinin kıymetinden daha az olur. İntifa hakkı ise ariyet olarak verilmiş bir arazide olduğu gibi, bazen bir akara taalluk edebildiği gibi menkul bir şeye de taalluk edebilir.

3- İrtifak hakkı belli bir zamanın geçmesi ile sona ermeyen daimî bir haktır. Mezheplerin ittifakıyla bu hak miras alınır. İntifa hakkı ise muvakkat bir haktır. Kendisine arazinin menfaati vasiyet edilmiş bulunan ve bundan yararlanan kimsenin durumunda olduğu gibi, yararlanan kişinin ölümü ile intifa hakkı sona erer.

3. İrtifak Hakkının Fıkhî Niteliği

Hanefîlere göre irtifak hakkı bir mal değildir. O mali bir hak olup bu hak ile mâlik, yararlanma imkânını elde eder. Bu hakkın mal olmamasının şu sonuçları söz konusudur: [2] Böyle bir hakkın araziden bağımsız olarak satılması caiz değildir. Ancak ona bağlı olarak satılması söz konusu olur. Bu hakkın hibe edilmesi veya tasadduk edilmesi caiz değildir. Çünkü bu bir temliktir. Mücerred, soyut hakların ise temlik edilmesi ihtimali olmaz. Aynı şekilde alâkalı bir dava hususunda yahut öldürme veya daha aşağısı olan yaralamalarda kısas hakkı ile alâkalı davada bu hak mukabilinde sulh caiz olmaz. Çünkü sulh satış, yani malî mübâdele manasına gelir. Böyle bir şeyin satışı ise caiz değildir.

Evlilik akdinde bu hakkın mehir olarak tayin edilmesi de sahih olmaz. Çünkü mehir, temliki gerektirir. İrtifak hakkı ise temliki kabil olmayan bir haktır. Böyle bir durumda sadece *Mehr-i misil'in* verilmesi gerekir.

Aynı şekilde kadın bu hak mukabilinde hul' yapacak olursa, bu hak hul' bedeli olarak da sahih olmaz. Çünkü bir bedelin takdim edilmesi temlik ifade eder. İrtifakın ise temlik edilme ihtimali yoktur. Böyle bir durumda kadının, almış

1- Şeyh Ali el-Hafîf, *Muhtasaru Ahkâmi'l-Muâmelâti'ş-Şer'iyye,* 15-16.
2- *el-Bedâyi,* VI, 189-190; *Tebyînu'l-Hakâik,* VI, 43.

olduğu mehri geri vermesi icap eder.

Bunun malî bir hak olmasının sonuçları ise şöyledir: [1]

Bu hakkın miras alınması mümkündür. Çünkü Hanefîlere göre miras, mallarda ve *hıyar-ı ayb* gibi bazı haklarda da söz konusu olmaktadır.

Bir kimsenin kendi arazisini, filan kişiye ait sulama hakkından belli bir müddet sulamasını vasiyet etmesi hâlinde olduğu gibi, bu haktan yararlanmanın vasiyet edilmesi sahihtir. Vasiyet etmek miras gibidir. Bu da mallarda ve haklarda sahih olur. Ancak vasiyet edilen (lehine vasiyet edilen) vefat ettiği takdirde bu vasiyet batıl olur.

İrtifak hakkı olmaksızın arazinin satılması sahih olur. irtifak hakkı meselâ, şirb (sulama) hakkında olduğu gibi, arazinin satışının kapsamına açıkça hükme bağlanması veya buna delâlet edenlerden söz edilmesi söz konusu olmadıkça, irtifak hakkı da satışın kapsamına girmez. Bunun açıkça zikredilmesine veya buna delâlet edenden söz edilmesine örnek, bir kimsenin: "Ben araziyi bütün haklarıyla veya onun etrafında bulunan az veya çok her şeyle birlikte satıyorum" demesi gibidir.

4. İrtifak Haklarına Dair Umumî Hükümler

İrtifak haklarının umumî ve hususî hükümleri vardır. Hususî hükümler irtifak türleri ile birlikte zikredilir. Genel hükümlerin bir kısmı ise aşağıdaki gibidir:

1- Bu hakların kullanılması: *"Zarar ve zarara zararla karşılık vermek yoktur"* kaidesi ile amel etmek üzere başkasına zararlı olmamalıdır. Başkasının arazisinden geçen bir kimsenin başkasına zarar vermesi caiz değildir. Meselâ, şirb (sulama) hakkı ile arazisine su veren bir kimsenin, suyun akması ile yararlanıp kendisinden daha aşağılarda olan kimselere zarar verecek şekilde savurgarlık edip suyu kötüye kullanmaya hakkı da yoktur.

2- İrtifak hakları ya kamu mülkleri veya özel mülkler hakkında sabit olur. Kamu mülklerine misal, kimsenin özel mülkü olmayan Nil, Dicle, Fırat gibi büyük nehirler ile köprü, geçit gibi halka ait yollar ve alt yapı hizmetleridir. Bunlar hakkında ön görülen irtifak hakkı, Ebu Hanife dışında kalan imamlara göre her hangi bir kimseden izin söz konusu olmaksızın bütün insanların sahip olduğu haklardandır. [2]

Bir kişiye veya kişilere ait özel mülklere gelince; bunlar hakkında malikin izni

1- Aynı yerler; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 316.

2- Bu hususta Şafiîlerin ibaresi şu şekildedir: "Ama yoldan sağlanan menfaat geçiş menfaatidir. Dinlenmek, bir takım muameleleri görmek ve benzeri işler için gidip gelenleri rahatsız etmiyor ise ana yola oturmak caizdir. Bunun için İslâm devlet başkanının izni ayrıca şart değildir." *Nevevî, el-Minhâc -Muğni'l-Muhtâc* ile-, IV, 369.

olmaksızın irtifâk hakkı sabit olmaz.

İrtifak hakkının sebebi bilinmiyor ise, bu hakkın sahibine ondan intifa hakkı bırakılır ve bunun meşru bir sebeple meydana gelmiş kadîm bir hak olduğu varsayılır. Bu varsayım: *"Kadîm, kıdemi üzere bırakılır"* kaidesi gereğince ön görülmektedir. Ancak başkasına zararlı olmaması şartı aranır. Komşuların kuyularının suyunu kirleten pis akıntılar veya komşuların hanımlarının kaldıkları odaları görebilecek şekildeki alçak pencereler bu türdendir. Böyle bir durumda ise zararın kaynağının ortadan kaldırılması icap eder. Bu da daha önce işaret ettiğimiz kaideyi kayıtlayan: *"Zarar kadim olamaz"* kaidesiyle amel ederek (veya gereğince) yapılır. (1)

5. İrtifak Haklarının Türleri

Hanefîlere göre önemli olan irtifak hakları altı türlüdür: Şirb (sulama), tarîk (yol) mecra, mesîl, teallî ve civar hakları. Hanefîlere göre başka bir takım irtifak haklarının ortaya çıkartılması caiz değildir. Çünkü bu gibi başka hakların ortaya çıkartılması mülkiyeti kayıtlayıcıdır. Mülkiyette aslolan ise, kayıt kabul etmemektir. Mülkiyeti kayıtlayan hususlar istisna kabul edilir ve bu istisnalar çoğaltılmaz.

Malikîlerin görüşüne göre irtifak hakları, belirtilen haklara münhasır değildir. İrade ile başka bir takım irtifak haklarının meydana getirilmesi caizdir. Meselâ, bir kimse arazisinin her hangi bir yerinde bir inşaat yapmamayı, yahut ağaç dikmemeyi veya belli bir yükseklikten fazla çıkmamayı kabul (iltizam) edebilir. (2)

1- Şirb (sulama) hakkı:

Manası:

Şirb sözlükte, sudan kendisine düşen pay demektir. Yüce Allah'ın *Kur'an-ı Kerim*'de bize anlattığı Hz. Salih (a.s.) kıssasında, o şöyle demiştir: *"İşte bu (istediğiniz) dişi devedir. Onun da bir su içme hakkı vardır, sizin de belirli bir gün içme hakkınız vardır."* (Şuarâ, 155)

Şirb, aynı zamanda sulama zamanı hakkında da kullanılır. Şeriat alimleri her iki manada da kullanırlar. Buna göre şeriatte şirb: Ekin ve ağaçları sulamak için sudan düşen pay demektir. Fakihlerin çoğunluğuna göre manası budur. Ağaç veya ekinleri sulamak için sudan yararlanma nöbeti veya yararlanma zamanı hakkında da kullanılır.

Sefeh hakkı da bu hakkın kapsamı içerisindedir. Bu ise *şürb* hakkıdır. Yani

1- *Prof. ez-Zerka, el-Medhal, el-Fıkhî el-Âmm,* f, 596 vd.

2- *Prof. ali el-Hafîf, el-Hakk ve'l-İltizâm,* 64; *Dr. M. Yusuf Mûsâ, el-Emvâl ve Nazariyyatu'l-Akd,* 171 vd.

insan ve hayvanın sudan içme hakkı demektir. Bununla, insanın kendisinin ve sahip olduğu hayvanların gerek duyacakları suyun elde edilmesi anlaşılır.

Şirb ve Sefeh Hakkı Açısından Suların Türleri:

Bu iki hak bakımından sular dörde ayrılır:

Özel bir takım kaplara doldurulmuş su, pınar, kuyu ve benzerlerinin suyu, özel akarsu veya küçük kanal suları ve genel nehirlerin suları.

1- Özel Kaplara Doldurulmuş Sular:

Kişinin testi, sarnıç, havuz, boru gibi özel bir takım kaplara veya yerlere doldurduğu sulardır. Evlere su sağlamak maksadıyla, şehirlerde özel depolara doldurulan sular da bu türdendir. Bu gibi sular, ele geçirmek (ihraz) suretiyle mülkiyet altına alınabilen mübah her şey gibi, istilâ (el koyma yolu) ile onu ele geçiren harkesin özel mülkü olur. Böyle bir sudan sahibinin izni olmaksızın kimsenin yararlanma hakkı yoktur. Bu gibi suya sahip olan kişi onu satabilir veya dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. [1] Peygamber (a.s.)'in taşınabilir kadarı müstesna suyun satılmasını nehyettiği rivayet edilmiştir. [2] artan suyun satışını men eden hadis [3] odun toplayan kişinin ihraz etmesi halinde satabileceğini caiz kılan delillere kıyas edilerek tahsis edilmiştir. Çünkü Peygamber (a.s.)'in dilencilikten kurtulmak maksadı ile odun toplama emrini verdiği kişi hakkındaki hadis bunu göstermektedir. [4]

Böyle bir su sahibinin mülkiyeti altında olmakla birlikte susuzluktan öleceğinden korkan muztar bir kişinin o sudan içmesi veya ihtiyaç duyduğu miktarını alması -eğer gerçek sahibinin ihtiyacından fazla ise- kendisinin helâk olmaktan kurtulması için zorla dahi olsa, o suyu alması caiz olur. Suyun, mülkiyetinde olduğu kişinin ihtiyacından fazla olmasının manası ise, her ikisini de ölümden kurtarabilecek kadar olması ve muztar kimsenin başka bir su bulamaması hâlinde söz konusudur. Şu kadar var ki, kullandığı bu suyun kıymetini ödemesi icap eder. Zira, "Zaruret içerisinde olmak başkasının hakkını iptâl etmez." Veya zaruret sebebiyle böyle bir şeyi almanın helâl olması, tazminatını ödemeye aykırı değildir. Evlâ olan ise, asa gibi (öldürücü ve yaralayıcı) silahlar dışındaki başka şeylerle onunla çarpışabileceği görüşüdür. Çünkü böyle bir kişi suyu vermemek suretiyle bir masiyet işlemektedir. Onunla asa ile dövüşmek ise, ona bir bakıma tazir gibidir.

1- *el-Bedâyi,* VI, 188 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik,* VI, 39; *Tekmiletu Fethu'l-Kadir,* VIII, 144 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 311-313; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 339; *el-Mühezzeb,* I, 427; *el-Muğnî,* V, 536 vd *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 222; *el-Harâc, Ebu Yusuf,* 95-97.

2- *Ebu Ubeyd, el-Emvâl,* 302.

3- Ahmed ve İbn Mace müstesna, *Sünen* sahipleri rivayet etmiş olup, Tirmizî, Iyaz b. Abd'den gelen rivayetin sahih olduğunu belirtmiştir.

4- Buharî ve Müslim tarafından Ebu Hureyre'den rivayet edilmiştir.

2- Pınar, Kuyu ve Havuz Suları:

Bunlar, insanların kendileri için ortaya çıkarttıkları sulardır. Hanefîlere göre bu tür suların hükmü şöyledir: (1) Bu gibi sular kişinin mülkiyeti altında olmazlar. Bu gibi sular, asıl itibariyle mübahtır. Ancak bunlarda sahiplerinin özel bir hakkı vardır. Bu gibi suların mübah veya mülk bir arazide olmaları arasında da fark yoktur. Zira aslı itibariyle su, bütün insanlar için mübahtır. Çünkü Peygamber (a.s.) *"İnsanlar üç şeyde ortaktırlar: Su, ot ve ateşte."* (2) buyurmuştur.

Buna göre bu gibi sularda şirb (sulama) hakkı değil, şefeh (içme) hakkı sabit olur. Birinci hak (yani şefeh= içme hakkı) bir takım kimselere has bir hak olamaz. Böyle bir hak, o suyu hak edenler kadar diğer insanlar için de vardır. Onlar kendileri, hayvanları ve evde kullanma ihtiyaçları için bu gibi sulardan alabilirler.

Bu tür sulara sahip olan kimseler, eğer yararlanmalarına izin vermeyecek olurlarsa, ona ihtiyaç duyan kimsenin kuvvet kullanmak yoluyla dahi olsa, cebren alma hakları vardır. Silâh kullanarak onunla vuruşabilir de. Çünkü kuyuda bulunan su, mülkiyet altına alınamayan mübah bir sudur. Bununla birlikte o suyu kullanmaya ihtiyaç duyan kimsenin kendisine yakın başka bir su bulamaması şartı da aranır.

İhtiyaç duyan kimsenin hak sahibi olduğunun delili ise şudur: Yolculuk yapan bir topluluk, bir suyun yanından geçerler. O suyun sahiplerinden kendilerinin içmeleri ve susuzluktan ölmek üzere olan hayvanlarını sulamaları için izin istedikleri hâlde onlara izin verilmez. Bu kimseler durumu Ömer b. Hattab'a zikrettiklerinde: *"Niçin onlara karşı silâh kullanmadınız?"* diye karşılık vermiştir.(3)

Dikkat edilecek olursa, bu iki tür suyun hükmü yaklaşık olarak birbirine benzemektedir. Şu kadar var ki; birinci tür sahibinin mülkü olmakla birlikte, ikincisi değildir. Telef olmaktan yana kendisi için korkan muztar bir kimse, ihtiyaç fazlası olan suyu kuvvet kullanarak dahi olsa, alabilmek hakkına sahiptir. Fakat birinci türde bu kuvvet kullanma hâlinde silâh kullanmaması gerekir. İkincisinde ise silah kullanması caizdir. Bu türde öncekinden daha açık bir şekilde irtifak

---

1- Geçen kaynaklar.

2- Ebu Dâvud'da rivayet edilmiştir. Ayrıca *ceyyid* bir isnad ile İbn Abbas'tan İbn Mace tarafından rivayet edilmiştir. Taberanî de *Mu'cem*'inde İbn Ömer'den rivayet etmiştir. *Nasbu'r-Raye,* IV, 294. İmam Ahmed de bu hadisi rivayet etmiştir. Bir başka hadiste ise şöyle denilmiştir: *"Artan su başkasından engellenmez."* Şöyle ki; kişi kendi arazisini suladıktan sonra ihtiyaç duymayacağı bir miktar su artığı takdirde onu satması caiz olmadığı gibi, ondan yararlanabilecek kimseye de engel olmaz. Bu hüküm, suyun kendi mülkü olmaması görüşünü veya suyun mülkiyet altına alınamayacağını kabul edenlerin görüşüne göre böyledir.

3- Ebu Yusuf; *el-Harâc,* 97.

hakkının niteliği ortaya çıkmaktadır.

Daha sahih olan görüşlerinde Şafiîler şöyle demektedirler: [1] Kişi mülk edinmek maksadıyla mevat (ölü) arazide veya özel mülkiyet altındaki yerde kazılan kuyu suyuna malik olur. Çünkü böyle bir şey meyve, süt ve mülkünde biten ağaçta olduğu gibi, kendi mülkünün bir artışıdır.

Şafiîlere göre böyle bir suya malik olan kimse, ekin veya ağaç sulamak maksadıyla ihtiyacından fazla olan suyu (bedelsiz) vermek zorunda değildir. Bununla birlikte kendisinin içtiğinden ve davarlarının ve ekinlerinin su ihtiyacından arta kalan suyu başka insanlara ve başkasına ait olan davarlara -su ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla- vermelidir. Sahih görüşlerine göre durum böyledir. Çünkü canlının özel bir değeri vardır. Ayrıca bu konuda Buharî ve Müslim'de şu haber yer almaktadır: *"Otu engellemek maksadıyla fazlalık suyu engellemeyiniz."* Yani davarlar suya yakın olan yerlerde otlarlar. Su engellendiği takdirde sonuçta ot da bitmez. Maksat mübah olan kuyulardan yararlanmaktır. Yani hiç bir kimse bu gibi kuyuları kendi özel tasarrufunda tutarak başkasının ondan yararlanmasını engelleyemez. O suyu özel bir kapta doldurup kendi mülkiyetine geçirmedikçe böyle bir şey yapmak hakkı yoktur.

3- Özel Akarsular:

Bazı kimselerin mülkiyeti altında bulunan özel, küçük akarsular veya ırmaklardır. Bunların hükmü de ikinci tür gibidir. [2] Herkesin bu gibi sularda şirb (sulama) hakkı değil, sefeh (içme) hakkı vardır. Her insan bu gibi sulardan kendisi namına ve hayvanları için yararlanabilir. Bu suya önemsiz zararlar gelse bile böyledir. Çünkü: "Daha ağır zararlar daha hafif zararlarla izale olunur." Fakat ekinlerini ve ağaçlarını sahibinin izni ile olmadıkça böyle sularla sulamak hakkı yoktur. Bu gibi suların sahibi başka kimselerin ondan ekin ve ağaçları sulamasını (yani şirb hakkını) engellemek hakkı vardır. Çünkü onun bu suyunda kendine ait özel bir hakkı vardır.

Hanefîlere göre bu suyun sahibinin tek başına şirb hakkını satması caiz değildir. Çünkü böyle bir hak, hem içmek hem de sulamak hakkından ibarettir. Onlara göre ise haklar, tek başlarına satılamaz ve satın alınamaz. Şayet şirb hakkı ile birlikte araziyi satacak olursa, bu şirb hakkı araziye tabi olarak caizdir. Tabi olanın başkasından bağımsız olarak satılması caiz olmasa bile, başkasına tabi olarak satılması caizdir. Şirb ancak, önceden de işaret ettiğimiz gibi, ya açıkça belirtmek suretiyle veya buna delâlet edecek kelimeleri söylemek suretiyle satışın

---

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 375.

2- *el-Bedâyi* VI, 189; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 311 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 39 Ebu Yusuf, *el-Harâc,* 95; *Tekmiletü Fethu'l-Kadîr,* VIII, 145; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 339; *el-Mühezzeb,* I, 427 vd.; *el-Muğnî,* I, 79; V, 536; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 221; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* I, 257; *Muğni'l-Muhtac,* II, 275.

kapsamına girer. Mesela: "Bu araziyi merafıkı ile, haklarıyla sattım" demesi buna örnektir. Şu kadar var ki, Hanefîler miktarı belli, ihraz edilmiş veya mülkiyet altına alınmış suyun insan ve hayvanın içmesi demek olan şefeh maksadı ile değil de, ekin ve ağaçların sulanması demek olan şirb maksadı ile satılmasını caiz kabul etmişlerdir.

Aynı şekilde Malikîler, Şafiîler ve Hanbelîler de mülkiyet altındaki suyun araziden bağımsız olarak satılmasını caiz olarak kabul etmişlerdir; fakat böyle bir suya sahip olan kimsenin, onu bedelsiz olarak vermesi müstehaptır. Bununla birlikte onu bedelsiz olarak vermek için mecbur edilemez. Ancak şiddetli susuzluk çekip de ölümden korkan bir topluluğun bulunması hâli müstesnadır. Bu gibi kimselere su vermek (şefeh hakkı) vacip olur. Onların su almasını engelleyecek olurlarsa bunun için engelleyenlerle çarpışılabilir.

Şafiîler, su satılırken ölçü veya tartı ile miktarının tespit edilmesini, hayvanların veya ekinin sulanması sureti ile miktarın tesbît edilme yoluna gidilmemesinin de şart olduğunu açıkça ifade ederler. [1]

4- Büyük Nehirler:

Kimsenin mülkiyeti altında bulunmayan, topluma ait olan genel yataklarda akan sulardır. Nil, Dicle, Fırat ve buna benzer nehirler gibi.

Bunların hükümlerine gelince: [2] Bu nehirlerin hem sularında, hem de aktıkları yataklarda hiç bir kimsenin mülkiyeti söz konusu değildir. Bu gibi nehirler bütün toplumun hakkıdır. Herkesin bu nehirlerden şefeh (kendisinin su ihtiyacını karşılaması ve hayvanlarını sulaması) yoluyla, ya da şirb (ekinlerini, ağaçlarını sulaması) yoluyla yararlanmak hakkı vardır. Aynı şekilde suyu arazisine doğru çekmek maksadıyla oralardan küçük kanallar açabileceği gibi, bu nehirler üzerinde dolap ve benzeri aletler kurmak ve başka yararlanma araçlarını oraya yerleştirmek hakkı da vardır. Yönetici olan kimsenin bütün türleriyle bu gibi nehirlerden yararlanmayı engellemeye hakkı yoktur. Elverir ki bu yararlanma nehire veya başkalarına veya topluma her hangi bir şekilde zararlı olmasın. Tıpkı yol veya genele ait merafıklarda yararlanma ile ilgili ön görülen hükümlerde olduğu gibi.

Şayet onun bu tasarrufu zarar verecek olursa bütün Müslüman fertler onu engelleyebilir veya bu zararı ortadan kaldırmak maksadıyla tasarrufunu sınırlayabilir. Çünkü bu, bütün Müslümanlara ait bir haktır. Onların haklarında tasarrufun mübah kılınması ise zararın söz konusu olmaması şartına bağlıdır. Genel merafıklardan yararlanmakta olduğu gibi. Çünkü: *"İslâmda zarar da yoktur, zarara zararla karşılık vermek de yoktur."* Bu nehirlerin hiç bir kimsenin mülkü olma-

1- *Nihâyetu'l-Muhtac*, IV, 257.

2- *el-Bedâyi*, VI, 192; *Tebyînu'l-Hakâik*, VI, 39; *Tekmiletu Fethu'l-Kadîr*, VIII, 144; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 311; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 339, *el-Mühezzeb*, I, 428; *el-Muğnî*, V, 531; *Nihâyetu'l-Muhtâc*, VI, 205; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 373.

dığının, aksine onlarda herkesin hakkı bulunduğunun delili ise Peygamber (a.s.)'in: *"İnsanlar üç şeyde ortaktır: Suda, ot ve ateşte"* (1); ayrıca bir diğer rivayette: *"ve tuzda"* şeklindeki hadîsidir. İnsanların bu gibi şeylerde ortaklığı ise, bir mülk ortaklığı değil, bir mübahlık ortaklığı (şeriketu'l-ibaha)dır. Çünkü bu gibi şeyler ikraz edilemezler. O bakımdan insanlar bunlardan yararlanmak konusunda eşittirler. İşte bunlardan birisi de genel sulardır. O bakımdan bütün insanların bu gibi sularda şirb hakları sabittir.

Şirb Hakkının ve Sulardan Faydalanma Hakkının Genel Hükümleri:

Sulardan yararlanmanın genel bir takım hükümleri vardır. Bunların en önemlileri şunlardır: (2)

1- Kuyunun veya pınarın kıyılarını veya (mutlak olarak suyun aktığı yer olan) akarsuyun yatağını gereken şekilde korumak: Faydalanan kişi buna riayet etmeyecek olursa, akan suyun sahibi kendisine gelecek zararı önlemek maksadıyla onun yararlanmasını engelleyebilir. Bu konuda: *"İslâm'da zarar ve zarara karşılık zarar vermek yoktur"* mealindeki hadisle de amel edilir. Suyun mutat olmayan bir şekilde komşunun arazisine sızması da bu tür zararlardan kabul edilir. Eğer kendisi bu konuda haddi aşmış ise tazminat ödemesi gerekecektir. Hanefîler şöyle demektedir: "Arazisi suya doyduktan sonra, fazla suyun komşusunun arazisine sızması veya basması ile arazi sahibi tazminat ödemez. Yani âdeten arazinin kaldırabileceği kadar mutat sulama hâlinde hüküm böyledir. Çünkü böyle bir durumda o haddi aşmadan bir zarara sebep teşkil etmiştir. Fakat yaptığı bu sulama mutadın dışına taşmışsa tazminat öder; fetva da buna göredir." (3)

2- Sudan faydalanacak kimsenin suyu, var olması hâlinde umuma ait bir yoldan geçirmesi icap eder. Şayet öyle bir yol bulunmuyor ise, özel yola sahip olan kimsenin suyun oradan geçirilmesine izin vermesi veya ihtiyaç duyduğu kadar suyu oradan çıkarmasına müsaade etmesi gerekir. Çünkü Hz. Ömer (r.a.), suyu Muhammed b. Mesleme'nin arazisinden geçirmek isteyen ed-Dahhâk b. Halife tarafından şikayet edildiğinde, İbn Mesleme'ye şöyle demişti: *"Allah'a yemin ederim,*

1- Burada *su*'dan kasıt, ihraz edilmeyen sudur. İhraz edilmesi (meselâ, bir kaba doldurulması) hâlinde, o suya malik olunur ve mübahlıktan çıkar. Ele geçirilmesi hâlinde avın durumunda olduğu gibi. İhraz edildikten sonra izni ile olmadıkça ondan hiç kimse yararlanamaz. *Ot*'tan maksat ise, kişinin her hangi bir emeği olmaksızın, ekip sulamaksızın kendiliğinden yetişen bitkidir. Onu kim koparırsa ona malik olur. Velev ki başkasına ait arazide bulunmuş olsun. *Ateş*'ten maksat ise, onun ışığı ile aydınlanmak, tutuşturmak için ondan kor almak ve alevi ile ısınmak gibi hususlarda yararlanılan ateştir. Böyle bir ateşe sahip olan kimsenin ateşin sahrada olması hâlinde ondan başkasını engellemek hakkı yoktur. Başkasının kor ateşi alması hâlinde durum böyle değildir; çünkü alevi sönmüş kor ateş sahibinin mülküdür ve bunun alınmasından dolayı o zarar görür. O bakımdan her hangi bir kıymet taşımaması hâli müstesna diğer mülklerinde olduğu gibi onu da korumak hakkına sahiptir. *Tebyînu'l-Hakâik,* VI, 39.

2- *Dr. M. Yusuf Musa, el-Emvâl ve Nazariyyetü'l-Akd,* 175 vd.

3- *Teknuletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 149; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 317.

karnının üzerinden bile olsa, o suyu geçirecektir." (1)

3- Şirb hakkı miras alınır, bu haktan yararlanmak için vasiyette bulunmak sahihtir. Hakların ve menfaatlerin -bazı istisnalar dışında- miras alınamayacağı görüşünde olan Hanefîlere göre dahi bu böyledir. Önceden de açıklamış olduğumuz gibi, şirb hakkının Hanefîlere göre tek başına ve bağımsız olarak değil de, arazi ile birlikte satılması caizdir. Tek başına satılamayışının sebebi, miktarının bilinmez oluşundandır. Bilinmeyen bir şeyi satmak ise sahih değildir; çünkü bunda ya bir zarar veya bir zulüm söz konusudur. Diğer taraftan Hanefîlere göre haklar, rivayetin zahirine göre kıymet taşıyan bir mal değildirler. O bakımdan bu hakların başlı başına satılması, hibe edilmesi, icareye verilmesi veya bunların tasadduku kabul edilemez. (2)

Kanaatim, hak ve menfaatlerde tasarrufun caiz olduğunu kabul edenlerin görüşleri doğrultusundadır. Çünkü bu hak ve menfaatler insanların örfüne göre kıymet taşıyan mal durumundadır.

4- Eğer su tek bir kişinin mülkiyetinde ise, o sudan dilediği şekilde faydalanmak hakkı vardır. Şayet su bir topluluğun ortak veya bir çok kimsenin malı ise, onlar arasında adaletle dağıtımı yapılır. Söz konusu bu dağıtım ya belli sürelerle nöbetleşe yapılır ve bunların her birisi muayyen bir zamanda tek başına o sudan istifade eder veya sudan tarlalara doğru giden küçük kanallar açmakla istifade etmek yoluna gidilir, açılan bu kanalların da bu sudan yararlanan her bir kimsenin arazi alanına uygun olmasına dikkat edilir. Bu aynı zamanda Şafiîlerin de görüşüdür. (3) Dağıtımda adaletin bir gereği şudur: Eğer bu su, bir grup kimse arasında müşterek ise ve bunlar şirb hususunda anlaşmazlığa düşmüş iseler, bunlar arasında şirb açıklamış olduğumuz gibi arazilerinin alanlarına göre dağıtılır. Çünkü şirbden maksat, arazileri sulamak maksadıyla faydalanmaktır. Dolayısıyla onların hakları da arazilerin miktarı ile takdir olunur ve bu, yoldaki durumun tersinedir. Çünkü burada yoldan maksat, oradan su kanalı geçirildiği hâlde daralma ve sıkışıklık olmayan genişlikteki bir yoldur.

Yine adaletin bir gereği de şudur: Dağıtımdaki değişiklik, hepsinin rızası ile gerçekleşmelidir. O şirbde ortak olan bir kimse, onların rızaları olmaksızın sudan bir kanal açamaz veyahut su çekme âleti koyamaz, köprü açamaz, kendisine gelen suyun ağzını genişletemez. Daha önce sudan yararlanma şekli, açılmış olan kanallar ile gerçekleşmekteyken, belirli günlerde nöbetleşe olarak paylaşma yoluna gidemez yahut kendisine ait payını şirb hakkı olmayan bir başka arazisine taşımaya kalkışamaz. Çünkü kadîm, kıdemi üzere bırakılır ve onda hak açık bir şekilde orta-

1- *Tenvirü'l-Havâlik Şerhu'l-Muvatta,* II, 218 vd.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 316 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik,* VI, 43; *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 150; *el Bedâyî* VI, 189.

3- *el-Mühezzeb,* I, 428; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 375.

dadır. Diğer taraftan şeriatte başkalarına zarara mani olunur. Kanalın genişletilmesi ve diğer hususlar ise öbür ortaklara zarar verme sonucunu doğurur. [1]

5- Hanefîlere göre, araziye sahip olmamakla birlikte, şirb ile ilgili bir davanın açılması sahihtir. [2] Çünkü şirb hakkı, arzu edilen ve kendisinden yararlanma imkânı bulunan bir haktır. Miras veya vasiyet yoluyla arazi olmaksızın dahi ona malik olunabilir. Diğer taraftan bazan arazi şirb olmaksızın da satılabilir, geriye tek başına şirb kalır. Bir başkası bunu ele geçirecek olursa, delil ile hakkını ispat etmek suretiyle kendisine gelecek zulmü defedebilmek hakkına sahib olur.

6- Yağmur, sel veya insanların üzerinde kalabalık oluşturabilecekleri kadar küçük olan akarsulardan şu şekilde yararlanılır: İlk olarak arazisi üstte olandan başlanır, o kişi su topuğuna değecek noktaya ulaşıncaya kadar arazisini sular. Daha sonra suyu yanıbaşındakine bırakır. O da aynı şekilde sulamasını yapar ve topuğuna ulaşıncaya kadar suyu tutar. Daha sonra onu yanıbaşındakine bırakır. O ve bütün hak sahipleri bu şekilde sulayıncaya kadar aynı yol takip edilir. [3] Çünkü Ubade b. Samit'in rivayetine göre Peygamber (a.s.) sel sularındaki hurma ağaçlarının şirb hakkı hususunda şu hükmü vermiştir: *"Üstteki altta olandan önce sular ve topuklarına ulaşıncaya kadar suyu bırakır. Daha sonra yanıbaşında ve en altta olan suyu bırakır ve bütün sulanacak bahçeler bitinceye veya su tükeninceye kadar böyle yapılır."*[4]

Abdullah b. Zübeyr de şunu rivayet etmektedir: "Zübeyr ile Ensâr'dan olan bir kişi el-Harre [5]'de bulunan ve kendisiyle hurma ağaçlarının sulandığı küçük bir su ile sulama konusunda anlaşmazlığa düştüler. Ensar'dan olan kişi, Zübeyr'e: Suyu kendisine salmasını istediyse de, Zübeyr kabul etmedi. Durumu Resulullah (a.s.)'a arz edip davalaştılar. Resulullah (a.s.) Zübeyr'e şöyle dedi: "Önce kendi arazini sula, sonra suyu komşunun arazisine sal". Ensar'dan olan kişi şöyle itiraz etti: "Ey Allah'ın Resulü, bu senin halanın oğludur diye mi böyle hüküm veriyorsun?" Resulullah (a.s.)'ın benzi attı ve şöyle buyurdu: "Ey Zübeyr! Su köklere ulaşıncaya kadar arazini sula." Zübeyr der ki: "Allah'a yemin ederim, ben şu: "Rabbine yemin olsun, onlar aralarındaki anlaşmazlıklarda seni hakem kabul etmedikçe ve de verdiğin hükümden dolayı içlerinde her hangi bir sıkıntı olmaksızın ve tam bir teslimiyetle o hükmü kabul etmedikçe iman etmiş olamazlar" (Nisâ, 65) buyruğunun onun hakkında nazil olduğunu zannediyorum. [6].

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 315; *Tebyînu'l-Hakâik,* VI, 42; *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII. 148 vd. *Nihâyetu'l-Muhtâc,* 258; *el-Mühezzeb,* I, 428; *el-Muğnî,* V, 533-536.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 314; *Tebyînu'l-Hakâik,* VI, 40; *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 147.

3- *el-Mühezzeb,* I, 428; *Muğni'l-muhtâc,* II, 373; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 219 vd.; *el-Muğnî,* V, 531.

4- İbni Mace ve Ebu Dâvud *hasen* bir isnad ile rivayet etmişlerdir.

5- *Harre:* Medine'de siyah taşları olan bir bölgedir.

6- Hadis-i şerif Buhari ve Müslim tarafından rivayet edildiği gibi, İmam Malik tarafından da *Muvatta*'da Abdullah b. Zübeyr'den rivayet edilmiştir. *Câmiu'l-Usûl,* X, 565. Hz. Peygamber'in: *"Kök-*

İmam Malik de *el-Muvatta*'da, Abdullah b. Ebî Bekr b. Muhammed b. Amr b. Hazm'dan kendisine şu haberin ulaştığını kaydetmektedir: *"Resulullah (a.s.) Mehzûr ve Müzeyneb (Medine'de iki vadi adıdır)'in selleri ile ilgili olarak şöyle buyurmuştur: "(İlk kişi) topuklarına ulaşıncaya kadar suyu tutar. Sonra üst taraftaki suyu alttakine bırakır."* [1]

Şirb Hakkının Söz Konusu Olduğu Akarsuların Bakımı ve Temizliği:

Bakım ve temizlik (el-Kery), suyun yatağından çamurların çıkartılması, gerekli kazıların yapılması, kıyılarının düzeltilmesi demektir. Üzerlerindeki köprülerin bakım ve onarımı da buna dahildir.

Bu bakım ve temizliğin masrafı ise akarsuyun türüne göre değişir. Akarsular ise üç türlüdür. [2]

1- Fırat ve Nil gibi kimsenin mülkiyeti altında bulunmayan umumi nehirler. Bu gibi nehirlerin bakım ve onarım masrafları müslümanların beytülmalinde gelir kaynağı olan haraç ve çizyeden yapılır; öşür ve zekâtlardan bunların bakımı için bir şey harcanmaz. Çünkü bunların bakımı bir kamu menfaatidir. O bakımdan masrafı Peygamber (a.s.)in şu hadis-i şerifi ile amil etmek üzere sadece beytülmalden karşılanır: *"Menfaat tazminat karşılığıdır (el-Haracu bi'd-damân)."* [3]

Eğer beytülmalde bunların masraflarını karşılayacak hiç bir mal bulunmuyor, halk da nehrin bakımı için bu işe yanaşmıyorsa, yönetici hem zararı önlemek, hem de kamu maslahatını gerçekleştirmek üzere insanları mecbur tutar. Ömer (r.a.) böyle bir durum ile ilgili olarak şöyle demiştir: *"Siz bu işi yapmayacak olursanız, çocuklarınızı satmak durumunda kalırsınız."*

Bu gibi nehirlerin bakım ve onarımı için gerekli masraflar, bizzat kendileri bakım işinde çalışamayan, halleri, vakitleri yerinde olan zenginlere yüklenir. Nitekim orduların hazırlanmasında da durum böyledir. Bizzat kendileri çalışabilecek durumda olanlar da çalışır ve çalışmaları esnasındaki masrafları da zenginler tarafından karşılanır.

2- Sahiplerinin mülkiyeti altında olan, umumi taksim edilenlerin kapsamına giren ve taksim edilebilen akarsuya sahiplerinin teşkil ettiği topluluğun ortak olduğu akarsudur. Böyle bir akarsu bir bakıma umumi, bir bakıma da özel bir akarsudur. Bunun bakım masrafları, o akarsuyun sahiplerine aittir. Çünkü o sudaki hak onlara

lere varıncaya kadar suyu alıkoy" buyruğundan maksat, gerekli sulamanın tamamıyla yapılması ve suyun her şeyin köküne ulaşmasıdır. Duvar diplerine kadar ulaşıncaya kadar sulamanın kastedildiği de söylenmiştir.

1- *Tenvîru'l-Havâlik,* II, 217.

2- *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 46 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 313 vd.; *el-Bedâyi* VII, 191 vd. *Tebyînu'l-Hakâik,* VI, 40 vd.

3- Bu hadis-i şerîfi İmam Ahmed ve *Sünen* sahipleri Hz. Aişe'den rivayet etmiştir. Buharî *zayıf* kabul etmiştir. *Sübülü's-Selâm* III, 30.

ait olduğu gibi, ondan sağlanacak menfaat de özel olarak onlarındır. Dolayısıyla onun bakımı da onlara düşer. Çünkü menfaat gerekli masraflarını karşılamak yoluyla elde edilir. Aralarından bakım masrafına iştirak etmek istemeyenler, diğer ortaklara gelebilecek umumi bir zararı önlemek için mecbur tutulur.

Mülkiyet altında olan şey, taksim edilen şeylerin kapsamına girmek suretiyle umumî ve hususi olur. [1] Sadece hususi olan ise üçüncü türdür. Bu ise sayıları sınırlı bir grubun ortak olduğu sudur. Umumi ise, sayıları sınırlı olmayan bir topluluğun mülkiyeti altında olan demektir.

3- Sayıları sınırlı kişilerin mülkiyeti olan akarsu: Böyle bir akarsuyun bakımı da sahiplerine aittir. Çünkü o suyun menfaati bu gibi kimseleredir. Ancak bütün hak sahipleri suyun bakımını üstlenmekten imtina ederlerse, yönetici (hakim) onları bakım için mecbur tutmaz. Tıpkı kendi arazisini ve evini imar etmek istemeyen kimsenin durumunda olduğu gibi. Şayet bir kısmı bakımını yapmak ister, bir kısmı imtina ederse, imtina edenin mecbur tutulacağı söylenmiştir. Çünkü menfaat hepsine aittir. Bir başka görüşe göre de mecbur tutulmaz. Çünkü onun mecbur tutulması ile ona zarar verilmiş olur. Diğer ortaklarına gelebilecek olan zararın ise hakimin emri ile bakım yapılmış ise, masraftan payına düşene rücu edilerek onlardan alınmasıyla, diğer ortakların da zararının önlenmesi imkânı vardır.

Eğer akarsuyun yatağındaki bakım, üst taraflarda söz konusu olmayacak şekilde ise, bakımın ortaklara göre ne şekilde paylaştırılacağı konusunda Hanefî mezhebi imamları arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Ebu Hanife'ye göre: Ortak akarsuyun bakım masrafı üstten aşağıya doğru ortaklara aittir. Onlardan her hangi birisinin arazisi bakıma gerek olmaksızın geçilecek olursa, o kişi bakım masrafından kurtulur. Çünkü yatağın bakım ve temizlenmesinden maksat, sulamak suretiyle faydalanmaktır. Üst taraftaki ise bu faydayı gerçekleştirmiş olacağından, o, başkasının sağlayacağı menfaatin masrafını karşılamak zorunda değildir. *Ebu Yusuf ile Muhammed'e göre:* Bakım ve onarım masrafı, başından sonuna kadar bütün ortaklara şirb ve arazi hisselerine göre pay edilir. Çünkü üstteki hak sahibinin altta da hakkı vardır. Zira onun akan suyun akıp gitmesine ihtiyacı vardır. Kanaatimce makul olan görüş de budur.

Eğer bakım ve onarım suyun üst taraflarından yapılacak ise masrafının bütün ortaklara pay edileceği hususunda Hanefî mezhebi imamları arasında ittifak bulun-

---

1- Taksim edilen mülk (el-mekâsim) umumi ve hususi olmak üzere iki türlüdür. Bunların ayırdedilmesini sağlayan ölçü şudur: Hakkında şuf'a'nın söz konusu olduğu mülk *hastır* ve bu da üçüncü türü teşkil eder. Hakkında şuf'anın söz konusu olmadığı ise *umumidir.* Has olanın tahdidi ile ilgili olarak farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bu, "on kişiye ait olan veya tek bir köye ait olandır" denildiği gibi, "Kırk kişiden daha çok, yüz veya bin kişiden daha az sayıdaki kişilere ait olandır da denilmiştir. Bu konuda daha sahih olan görüş, konuyu müçtehidin görüşüne havale etmektir. O, bunlardan dilediği görüşü seçebilir.

maktadır. Çünkü hepsinin o sudan yararlanmaları, onun bakımının yapılmasına bağlıdır.

2- Şefeh hakkı:

Şefeh hakkı, şirb hakkına dahildir. Basit bazı farklar olmakla birlikte hükümleri hemen hemen aynıdır.

Manası: İnsanın içmek, yemek pişirmek, yıkamak gibi nedenlerle evde kullanmak için, hayvanlar hakkında da susuzluk ve benzeri tehlikeleri bertaraf etmek maksadıyla, içmek suretiyle sudan yararlanmak demektir. Veya bu hak, insanın içmek, hayvanlarını sulamak ve evde kullanmak için suya duyduğu ihtiyaçtır. [1]

Bu hakka dair hükümler suyun türüne göre farklılık arz eder. Sular ise dört türlüdür: [2]

1- Deniz suları: Her insanın bu sularda şefeh hakkı, arazilerini sulama hakkı ve her ne şekilde olursa olsun, sularından yararlanmak hakkı vardır. Deniz suyu ile yararlanmak, güneş, ay ve havadan yararlanmak gibidir.

2- Fırat, Dicle, Nil, Seyhun, Seyhun, Ceyhun ve buna benzer büyük nehir suları: İnsanların bu gibi sularda şefeh hakları mutlaktır. Arazilerini sulama hakkı da böyledir. Çünkü asıl itibariyle bu sular topluma zarar vermediği sürece, her insanın gerek içmek, gerekse sulamak maksadıyla kullanmak üzere mübahtır. Topluma zarar vermemesi kaydının sebebi ise, topluma gelebilecek zararları defetmenin vacip oluşundandır. Diğer taraftan mübah olan bir şeyle faydalanabilmek, başka hiç bir kimseye zarar vermediği takdirde ancak caiz olabilir. Nehri, yahut kıyılarını tahrip etmek gibi zararlarla köylerin, kasabaların veya arazilerin sular altında kalması türünden bir zarar söz konusu olmamalıdır.

3- Belirli sayıda kimselere ait ve bunların özel mülkiyeti altında bulunan küçük sular. Fakihler buna *Mau'l-mekâsim (paylaştırılabilen su)* adını verirler. Bu gibi sularda zaruret dolayısıyla şefeh hakkı sabittir. Diğer taraftan suda aslolan, bütün insanların ortak malı olmasıdır. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"İnsanlar üç şeyde ortaktır: Su, ot ve ateş."* Diğer taraftan suyun her tarafa beraber götürülebilmesine imkân yoktur, insanların ise ona ihtiyaçları vardır. Bu sudan yararlanmaları engellenecek olursa, insanlar büyük sıkıntılarla karşı karşıya kalırlar.

Ancak akarsuyun veya mülkiyet altındaki kuyunun suyu, bir grubun mülkiyeti altında bulunan bir arazide bulunuyorsa, arazi sahibi, şayet yakın taraflarında başka bir su varsa, şefeh (sudan içmek) isteyen kimseyi kendi mülküne girmekten engellemek hakkına sahiptir. [3].

1- Ali el-Hafîf, *Muhtasaru Muâmelâti'ş-Şer'iyye,* 18.

2- *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 144 vd; *Tebyînu'l-Hakâik,* VI, 40; *el-Bedâyi,* VI, 188 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 311 vd.

3- Yakın mesafenin sınırı teyemmümde olduğu gibi bir mildir. Bir mil 4 bin zir'a, bir zira ise 46,2 cm'dir. Buna göre bir mil, 1848 metre demektir.

Şayet yakınında su bulunamıyorsa arazi sahibine: "Ya ona suyu çıkartır verirsin veya onun içeriye girmesine müsaade edersin" denilir. Şu kadar var ki, bu hakka sahip kimsenin akarsuya veya kuyuya yan taraflarını kırmak gibi her hangi bir zarar vermemesi şarttır. Çünkü muztar (zaruret içerisinde bulunan) veya muhtaç kimsenin, ihtiyaç hâlinde akarsuyun veya kuyunun suyunda şefeh hakkı vardır.

Arazi sahibi onu veya hem onu, hem de bineğini susuzluk halinde bu hakkından alıkoyacak olursa, kendisini telef olmaktan koruyabilecek kadarını almak için su sahibi ile silâhlı olarak dahi çarpışabilir. Çünkü daha önce gördüğümüz gibi, Hz. Ömer şöyle demiştir: *"Onlara karşı ne diye silah kullanmadınız?"* Diğer taraftan böyle bir suyun sahibi, hakkı olan şefeh hakkını engellemek suretiyle onu telef etmeyi özellikle kastetmiştir. Çünkü kuyunun, akarsuyun ve benzeri suların, mülkiyet altına alınması söz konusu olmayan mübah şeylerdir.

Daha sahih olan şudur: İnsanlar bu sudan alabilir, abdest almak veya elbise yıkamak için onu taşıyabilirler. Çünkü böyle bir şekilde sudan yararlanmayı engellemek bayağılıktır. Peygamber (a.s.) ise şöyle buyurmuştur: *"Yüce Allah işlerin yüce olanlarını sever; bayağı ve adi olanlarını da kerih görür."* (1)

Yine daha sahih görülen görüşe göre, su sahibi, ağaç veya evindeki bitkileri sulamak maksadı ile ve kendisinin izni olmaksızın testi ve benzeri şeylerle su taşımak isteyen kimseyi men etmek hakkına sahiptir.

Aynı şekilde şefeh hakkının kullanılması, meselâ suyun az, o suya gelen davarlarınsa çok olması hâlinde olduğu gibi, tümünün kullanılmasını gerektiriyor ise; aralarında Hanefîlerin de yer aldığı fakihlerin çoğunluğu: "O suya malik olan, onları engellemek hakkına sahiptir. Çünkü arazinin sulanması hâlinde olduğu gibi, bunun ona zararı vardır" demişlerdir.

4- Kaplara doldurulmuş olan su: Kaplara doldurulmak suretiyle sahibinin mülkiyeti altına girer; sahibinin izni olmaksızın -ister içmek, ister sulamak ve isterse başka bir yolla- böyle bir sudan başkasının yararlanma hakkı yoktur.

Ancak susuzluk sebebiyle öleceğinden korkan ve kaplara doldurulmuş bu sudan başkasını bulamayan zaruret altındaki bir kişi, bu suyu kuvvet kullanarak dahi olsa sahibinden alabilir. Şu kadar var ki, şirb hakkında da açıklamış olduğumuz gibi, eğer bu su sahibinin ihtiyacından fazla ise silâh kullanmamak suretiyle bu yola başvurmalıdır.

3- Mecra hakkı:

Tarifi: Suyun aktığı yerden uzak bir arazi sahibinin, arazisini sulamak maksadıyla, suyu kendi arazisine akıtmak hakkıdır. Bizzat bu mecra, mecra sahibinin mülkiyeti de olabilir, suyun içinde aktığı arazinin sahibinin de olabilir; çoğunlukla görülen de budur. Her ikisinin de mülkiyeti altında olabileceği gibi, çok kişi arasın-

1- Taberanî, el-Huseyn b. Ali'den rivayet etmiştir; *hasen* bir hadistir.

da ortak da olabilir.

Hükümleri: Şeriattaki genel ilke şudur: arazi sahibi olan kimsenin, suyu kendi arazisinden geçirmek isteyen komşusunu engelleme hakkı yoktur. Daha önce geçen Hz. Ömer'in sözü ile amel etmek bunu gerektirir. Çünkü Hz. Ömer, suyu kendi arazisinden komşunun arazisine bırakmayan kimseye şöyle demiştir: *"Senin karnının üzerinden bile olsa, Allah'a yemin ederim, o suyu geçirecektir."*

Aynı şekilde, arazi sahibinin hak sahiplerinin rızası olmadıkça, mecranın yerini değiştirme hakkı yoktur. Bu hak sahipleri, bu mecrayı tamir etmek, ondan suların sızmasını engellemek, yatağını derinleştirmek, kıyılarını güçlendirmek hakları da vardır. Aynı şekilde arazi sahibinin de, suyu sızdırarak ekinlerini telef etmemesini sağlamaları için bu yatağı ıslah etmelerini, tamir etmelerini hak sahiplerinden isteme hakkı vardır.

Şayet mecra, bir topluluk arasında ortak ise, her birisi kendi sulaması sırasında onu kapatmak üzere tümünün rızası olmadıkça, onlardan hiçbir kimse onu tek başına kapatamaz. Eğer o suyu kapatmasını diğer ortaklar engelleyecek olurlarsa, o da bu suyu bir araç vasıtası ile kendi arazisine almak hakkına sahiptir.

Mecrayı kapatmak için bütün ortakların rızasının şart oluşunun delili ise: *"Kamuya gelecek zararı önlemek için özel zarara katlanılır"* kaidesidir.

Şayet mecra hakkı, başkasının arazisinde kadim ise, *"Kadim olan kıdemi üzere bırakılır* ve izale edilmez" kaidesi ile amel etmek için, olduğu hal üzere bırakılır.[1] Ancak arazi sahibine bundan dolayı her hangi bir zarar gelmesi hali bundan müstesnadır. Çünkü: *"Zarar kadîm olamaz"* kaidesi ile hareket etmek böyle bir istisna yapmayı gerektirmektedir.

Eğer yeni bir mecra yapılacaksa ve bu umumi bir yolda olacaksa, zararın gelmesini önlemek ve kamu maslahatını gerçekleştirmek maksadıyla ancak yetkili makamların izni ile bu yapılır.

Eğer başkasının mülkiyeti altında bulunan bir arazide yapılacaksa, malikin izniyle bu mecra yapılır. Fakat bu mecra sebebiyle kendisine bir zarar gelmesi söz konusu olmadıkça arazinin maliki böyle bir mecranın yapılmasını engelleyemez. Daha önce geçen Hz. Ömer'in: *"Allah'a yemin ederim, senin karnının üzerinden bile olsa mutlaka bu suyu geçirecektir"* hükmü ile amel etmek, bunu gerektirmektedir.[2]

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 314; Ebu Yusuf, *el-Harac,* 99.

2- Bu olayı İmam Malik, *Muvatta*'da (II, 218) Amr b. Yahya *el-Mâzinî*'den, o da babasından şöyle rivayet etmektedir: *"Dahhâk b. Halife, "el-Urayd" denilen sudan kendi bahçesine bir kanal açarak su getirdi. Bu suyu da Muhammed b. Mesleme'nin arazisinden geçirmek isteyince Muhammed kabul etmedi. Dahhâk ona: "Ne diye beni engelliyorsun?" dedi. Halbuki o senin de faydanadır. Önce de sonra da o sudan sen sulayacaksın; üstelik bunun sana zararı olmayacak. Ancak Muhammed*

4- Mesil (boşaltma, akıtma) hakkı:

Mesîl hakkı, ihtiyaç fazlası veya kullanmaya uygun olmayan suları umumi boşaltma ve mecralara yüzeyden bir mecra veya üstü örtülü bir boru içerisinde bir araziden, bir evden veya bir iş yerinden geçirme hakkıdır.

Bu hak ile mecra hakkı arasındaki fark şudur: Mecra hakkı araziye uygun olan suyu getirmek, mesil hakkı ise uygun olmayan suları araziden, evden veya başka yerlerden birtakım yollarla çıkarmak hakkıdır.

Mesil, bazan ondan yararlanan kimsenin mülkiyeti olabildiği gibi, bazan mesîlin geçtiği arazi sahibinin mülkiyetinde de olabilir. Bazen de umuma ait bir merafıkta (alt yapıda) olabilir.

Mesîlin yapılabilmesi için komşunun arazisi tesbit edilir vebaşkası bulunmazsa o arazi sahibinin buna karşı çıkması veya bu konuda engelleme yoluna gitmesi apaçık bir zararı doğurmadıkça, caiz değildir. Bu hak da baki kalmaya devam eder. Velev ki, meselâ arazi daha önce bir ziraat arazisi iken bir ev veya bir iş yeri arazisi hâline dönüşmek suretiyle niteliği değişse dahi, bu hak kalmaya devam eder.

Eğer mesîl hakkı kadim ise, bu hâli üzere kalır. Kamu veya özel menfaatlere zararlı olmadığı sürece böylece devam eder. Eğer zararlı olmak noktasına gelirse, zarar ortadan kaldırılır. Çünkü zarar izale olunur ve bu konuda zararın eskiden beri sürüp gittiği de delil gösterilmez; çünkü *"Zarar kadîm olamaz."*

Mesilin düzeltilme ve tamir edilme masrafları, ister kendi mülkiyetinde olsun, ister başkasının mülkiyetinde bulunsun, ondan yararlanan kişiye aittir. Eğer bu mesil kamuya ait bir arazide bulunuyor ise, o takdirde bakım masrafları beytülmal tarafından karşılanır. [1]

5- Mürur (geçiş) hakkı:

Mürur (Geçiş) Hakkı: İster ev, ister bir arazi olsun, kişinin mülküne ulaşabilmesi için bir yoldan geçme hakkıdır. Bunun umuma ait bir yol olması ile kendisinin veya başkasının ya da birlikte her ikisinin özel mülkiyetinde olan bir yol olması arasında da bir fark yoktur.

Hükmü ise yolun türüne göre farklılık arz etmektedir:

a) Şayet yol umumi bir yol ise, her insan bu yoldan faydalanma hakkına sahip-

kabul etmedi. Dahhâk bu hususta Ömer b. el-Hattâb ile konuştu. Ömer b. el-Hattab, Muhammed b. Mesleme'yi çağırdı ve ona müsaade etmesini istediyse de o, olmaz, diye diretti. Ömer (r.a.) şöyle dedi: "Niye kardeşine faydalı olacak bir şeyi engelliyorsun, üstelik bu senin için de faydalı olacaktır. Önce de sonra da o sudan sen sulayacaksın, üstelik onun sana zararı olmayacaktır?" Ancak Muhammed yine: "Hayır, Allah'a yemin ederim (suyunu arazimden) geçirmeyecek," dedi. Ömer de şöyle dedi: "Allah'a yemin ederim, karnının üzerinden bile olsa o suyu geçirecektir. Ömer Dahhâk'a suyu oradan geçirmesini emretti; Dahhâk da bunu yaptı. Ayrıca bakınız: *Yahya b. Adem, el-Harac,* 140.

1- Ali el-Hafîf, *Muhtasaru'l-Muâmelât'ş-Şer'iyye,* 20 vd.

tir. Çünkü bu yol, mübah olan şeylerdendir. Gerek geçiş suretiyle, gerek pencere açmak suretiyle ve gerekse oraya açılan tali bir yol suretiyle olsun; ya da balkon ve benzeri şeyler yapmak suretiyle olsun ondan yararlanma hakkı vardır. İnsan bu tür yollarda bineklerini durdurabileceği gibi, alış veriş için yer de yapabilir. Bunu sadece iki şey sınırlar: [1]

1- Esenlik ve başkalarına zarar vermemek. Çünkü İslâmda zarar ve zarara karşılık zarar yoktur. [2]

2- Bu konuda hakimin (yargı veya yönetimin) izin vermesi.

Eğer böyle bir yoldan geçen veya ondan yararlanan kişi başkalarına zarar verecek olursa, meselâ geçişi engelleyecek olursa, onun da bu faydalanması engellenir. Şayet onun işi dolayısıyla bir zarar söz konusu olmuyor ise, Ebu Hanife'ye göre yöneticiden izin almak şartıyla caizdir. Ebu Yusuf ile Muhammed'e göre -teallî hakkında açıklayacağımız üzere- izin şartı aranmaz. Aynı şekilde Şafiîlerle Hanbelîlere göre de imamın (İslam devlet başkanının) izin şartı aranmaz. [3] Nitekim Peygamber (a.s.) de şöyle buyurmuştur: *"Daha önce her hangi bir Müslümanın ele geçirmediği bir şeyi elde eden, o şey üzerinde başkalarına göre daha bir hak sahibidir."*

Malikîlere göre: [4] Müslümanların yoluna yeni bir bina yapan veya yoldan her hangi bir şeyi kendi mülküne katan bir kimsenin bu uygulamasına engel olunacağı konusunda ittifak vardır.

Şafiîlere göre: [5] Nafiz yolda (yani umuma açık caddelerde) insanların gidip gelmelerine zarar verecek şekilde tasarruf etmek söz konusu olamaz. Çünkü böyle bir yolda bütün Müslümanların hakkı vardır. O bakımdan öyle bir yola gidip gelenlere zarar verecek şekilde pencere de açamaz; yolun iki tarafında bulunan binaları destek alarak yolun üstünü de kapatamaz.

b) Şayet yol özel ise, ondan yararlanmak hakkı sadece o yolun sahibine veya o yolda bulunanlara ya da onda ortak olanlara aittir. Başka kimselerin o yol üzerine kapı veya pencere açmaya, yer sahibinin iznini almadıkça hakları yoktur. Bununla birlikte umuma açık yolun kalabalık olması hâlinde, bütün insanların öyle bir yoldan geçmek hakları vardır. Bu yolun sahiplerinin o yolu tıkama ve ortadan kaldırma

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddu'l-Muhtâr,* V, 319 vd; *Tebyînu'l-Hakâik,* VI, 142 vd.; *Câmiu'l-Fusuleyn,* II, 197; *Tekmiletu Fethü'l-Kadîr,* VIII, 330 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 182.

2- Manası şudur: Kişi ne kendisi başlayarak kardeşine zarar verir, ne de onun zararına zararla karşılık verir. Yani hem baştan zarar vermeye kalkışmak caiz değildir, hem de zarara misliyle mukabele etmek caiz değildir. Zarara karşılık verirken verilen zarar ise; karşılık veren kimsenin kısasta veya başka şeylerde tayin edilen hakkının miktarını aşması demektir.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 369; *el-Muğnî,* V, 544.

4- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 341.

5- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 182.

hakları ise -o yoldaki âmme haklarına saygı sebebiyle- yoktur.

Aynı şekilde özel yolda hak sahibi olan her hangi bir kimse, bütün ortakların iznini almadıkça maruf şeklin dışında orada irtifak sahibi olamaz. Hatta bu hak sahiplerinden birisinden satın alan kimse dahi olsa, onun için de böyledir. Meselâ yeni bir oda yapmak veya balkon yapmak yahut oraya oluk ve benzeri şey akıtmak gibi hâller için izin gereklidir. (1)

6- Teallî hakkı:

Tarifi: Sürekli bir şekilde oturma veya modern katların ortak mülkiyetlerinde olduğu gibi üst katın sahibinin alt kat üzerinde dayanmak tavanlar ile yararlanmak hakkıdır.

Böyle bir hak, üsttekinin sahibinin altta olanlar üzerinde sabit, daimî bir hakkıdır. Üstte olan kimsenin bu alt üzerinde sürekli olarak kalmak ve yerleşmek hakkı vardır. Hanefîlere göre onun tavanına malik olunmak söz konusu değildir. O bakımdan o tavanın yıkılması ile veya altın kendiliğinden yıkılması veya her ikisinin birlikte yıkılmasıyla bu hak ortadan kalkmaz, devam eder ve bu hakta miras da cereyan eder.

Malikilere göre: (2) Her iki kat arasındaki tavan, alttakinin sahibine aittir. Onu tamir etmek veya yıkıldığında yeniden yapmak ona düşer. Üste sahip olan ise, o tavan üzerinde oturmak hakkına sahiptir. Yani onlar da Hanefîlerin görüşündedirler.

Şafiîlere göre: (3) Tavan üstteki katın sahibi ile alttaki katın sahibi arasında, iki mülk arasındaki duvar gibi müşterektir. Çünkü ikisi de ondan ortak olarak yararlanırlar. Bu tavan alttakini örterken, üstteki katın sahibinin altını teşkil etmektedir. Üstte olan kişi için o bir dayanaktır. Onlardan her hangi birisinin, o tavana diğerinin izni olmaksızın rahatsız edecek şekilde bir kazık çakmak veya bir delik ve benzeri şeyler açmak hakkı yoktur. Üstteki katın sahibinin, âdete uygun olarak alttakinin tavanını teşkil eden yerden faydalanma hakkı vardır. İki kişi arasında ortak olan bir yer yıkıldığı takdirde biri ötekini orayı imar etmek üzere zorlama hakkına sahip değildir. Çünkü zarar zararla giderilmez. Böyle bir imardan kaçınan bir kimse, imar etmek mülkiyeti altında tutulmakla da zarar görmüş olur.

Hanefîlere göre üste doğru bina inşa etmek (teallî) hakkı, bağımsız olarak satılamaz. Sadece bu hakkın satılması sahih değildir; çünkü bu başlı başına bir mal değildir.

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddu'l-Muhtâr,* V, 320; *Teknmiletu Fethü'l-Kadîr, Tebyînu'l-Hakâik,* aynı yerler; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye, 341;* Muğni'l-Muhtâc, II, 184.

2- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 341.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 193; *Ravdadu't-Tâlibîn, en-Nevevî,* IV, 219-226.

Hanefîlerin dışında kalanlar ise, "bunun bağımsız olarak satılması caizdir" demişlerdir. Çünkü onlara göre haklar mal hükmündedir. Makul olan da budur; fıkhen, örfen ve amelen daha sahih olan da budur.

Üstte ve altta olanların her birisinin tasarruf hakkının boyutları ile ilgili olarak Ebu Hanife ile iki talebesi Ebu Yusuf ve Muhammed arasında görüş ayrılığı vardır.

Ebu Hanîfeye göre: Başkasının hakkının tealluk etmesi hâlinde mâlikin mülkündeki tasarruflarında aslolan, hazr (yasaklılık) dır. Çünkü böyle bir tasarruf başkasına ait saygı duyulması gereken bir hakkın taalluk ettiği bir yerde olmaktadır. Dolayısıyla komşunun, hak sahibinin rızası olmaksızın -bu tasarruf ona zarar vermeyecek dahi olsa- kendi mülkünde tasarruf etmek hakkı yoktur.

Buna göre alt katın sahibi olan kişinin, kendi binasında bir kazık çakmak yahut bir pencere açmak veya bir duvar yükseltmek gibi bir değişiklik yapmaya, üstteki komşunun rızası olmaksızın hakkı yoktur. Bu değişiklikler ona zarar vermeyecek olsa dahi böyledir. Üstte olan kimsenin de alttaki binayı zayıflatacak her hangi bir yapı ekleme hakkı yoktur.

Ebu Yusuf ile Muhammed'e göre: Komşunun tasarrufunda aslolan mübahlıktır. Çünkü bu, kişinin kendi mülkündeki tasarrufudur. Tasarruf sebebiyle başkasına zararı söz konusu olmadıkça mülkiyet, malikin dilediği şekilde tasarrufunun serbest olmasını gerektirir. Zarar söz konusu olduğu takdirde, malik böyle bir tasarrufta bulunmaktan alıkonulur. Buna göre alttaki katın sahibinin üstteki yapıya zarar vermeyecek şeyleri yapma hakkı vardır.

Kanaatimce makul ve daha sahih olan görüş budur. Hanefîlerce fetvaya esas olan istihsana dayalı görüş de budur. [1]

7- Civar (komşuluk) hakkı:

Bundan maksat, yan komşuluk hakkıdır. Bu ise sınırların bitişik ve komşu olmasından dolayı ortaya çıkan bir haktır. Komşulardan her birisinin, ona açık ve fahiş (ileri derecede) bir zararın gelmemesi şartı ile komşusunun akarı ile irtifak hakkı vardır.

Komşuya zarar verecek şeylerden uzak durmak dinen vaciptir. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Sıkıntı ve şerrinden yana komşusunun güvenlikte olmadığı kişi, cennete giremez."* [2] Bununla birlikte komşuya gelebilecek zararların önlenmesi ile ilgili olarak fakihlerin kazaî bir takım görüşleri bulunmaktadır.[3]

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* III, 375.

2- Bu hadisi Müslim, Ebu Hureyre'den rivayet etmiştir.

3- *el-Bedâyi,* VI, 264 vd.; *Fethu'l-Kadîr,* V, 506; *el-Mebsût,* XV, 21; *el-Ümm,* III, 222 vd. el-Emiriyye baskısı-; *el-Muhallâ,* VIII, 241, M. 1355; *Muhtasaru'l-Muâmelâti'ş-Şer'iyye,* 23.

Kıyas gereğince Ebu Hanife ile Şafiîler ve Zâhirîler şöyle demektedir: Mülk sahibi kimse mülkünde dilediğini yapma hakkına sahiptir. O tamamen kendi mülkü olan şeylerde mutlak tasarruf imkânına sahiptir. İsterse başkasına zarar verecek olsun; dilediği şekilde pencere açabilir, uygun gördüğü şekilde kuyular açabilir, istediği iş atölyelerini yapabilir, dilediği şekilde mesken veya dükkân edinebilir.

Ancak müşterek olan duvar ile ilgili olarak Şafiî mezhebindeki yeni görüşte şöyle denilmektedir: (1) Ortaklardan her hangi birisi öbür ortağının izni olmaksızın hurma ağacının kütüklerini onun üzerine bırakamaz. Oraya kazıklar çakamaz yahut bir gedik ve buna benzer âdeten rahatsızlık verebilecek türden işleri, ortağının izni olmaksızın yapamaz. O duvara dayanamaz, zarar vermeyecek her hangi bir malı da oraya yaslayamaz. Bununla birlikte yabancının duvarında kendisinin de, başkasının da bu türden faydalanma imkânı vardır. Çünkü böylesinin malike bir zararı yoktur, bundan dolayı da kimse rahatsız olmaz. Hatta malik bu konuda ona engel olacak dahi olsa, bu şekilde ondan yararlanma imkânına sahiptir. Mecelle'nin de kabul ettiği ve istihsan gereğince verilen Ebu Yusuf ile Muhammed'in hükmü şöyledir: Akarın malikinin kullanımı ve tasarrufu komşusuna açık ve ileri derecede zarar vermeyecek şeyler ile kayıtlıdır. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"(islâm'da) zarar da yoktur, zarara zararla karşılık vermek de yoktur."* Hanefîlerce fetvaya esas olan görüş de budur.

Açık ve ileri derecedeki zarar ise, komşunun binasının yıkılmasına sebep teşkil eden, yahut da binayı zayıflatan, gücünü azaltan, sürekli olarak komşuya ileri derecede rahatsızlık veren veya intifa hakkının tümüyle ortadan kaldırılması sonucunu doğuran tasarruflardır. Meselâ, evini fırına, demir atölyesine, değirmene, hamama, tandıra dönüştürmek gibi, yapılması engellenen aslî ihtiyaçlar bu türdendir. Bu gibi şeylerle komşuya zarar verilmiş olur.

Eğer sözü geçen bu işlerden birisini yapacak olursa, bunları yapması engellenir ve ortadan kaldırması emredilir. Diğer taraftan bunları yaptığı için kumşusunun evinde ister doğrudan doğruya, ister teşebbüs suretiyle telef ettiği şeylerin de tazminatını öder.

Malikîlerle Hanbelîlere göre: (2) Malikin mülkünü kullanması, başkalarına niyet ve kasıt ile de olsa zarar vermemek kaydı ile kayıtlıdır. Şayet bu tasarrufta onun açık bir maslahatı yoksa veya başkalarına zarar vermenin dışında hiç bir maksadı bulunmuyorsa, onun bu tasarrufu engellenir. Çünkü Müslümanın, başkasına zarar vermek kasdına sahip olması yasaktır.

Buna karşılık Malikîlerce meşhur olan görüş şudur: Kişi komşusunun ışık ve güneş almasını engelleyecek şekilde binasını yükseltmek isterse engellenmez. Ancak hava almasını engelleyecek bir yapı yapmak isterse engellenir. Malikîler sonra-

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 189.
2- *el-Muvafakât,* II, 349; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 341.

dan meydana gelebilecek çeşitli zarar türlerinin engellenmesi gerektiği üzerinde ittifak etmişlerdir. Bunlar da komşusunun gizliliklerini görecek şekilde delik veya pencereler açmasıdır. Bunları kapatması veya örtmesi emredilir. Bir kişinin evinde bir fırın, hamam, demirci ocağı yahut kuyumcu ocağı yapması, dumanı ile komşularına zarar vermesi hâlinde de -dumanı izale etmek için bir çare bulmadıkça- engellenir. Ayrıca komşusunun duvarlarına zarar verecek şekilde sularını komşusunun evi veya tavanı üzerinde akıtması, yahut evinin içerisinden akıtmasına da engel olunur. Zarardan sakınma yolları arasında susturucular takmak, ısıyı yalıtma yollarına başvurmak ve duman süzgeçleri sayılabilir.

Netice olarak, İslâm fıkhında delilleri itibariyle daha güçlü görülen görüş, malikin kendi mülkünde komşusuna zarar vermeyecek şekilde tasarrufta bulunmasını caiz kabul etmektedir. İleri derecede açık bir zarar olur ve durum kesin olarak tespit edilemezse, bu gibi tasarruflar engellenir. Şayet bu iş komşuluktan önce olmuşsa, bu yine yeni komşuya zarar söz konusu olmadığı sürece aynı şekilde devam eder.

ARAZİDEN ALINAN ÜRÜNLER HAKKINDA YAPILAN AKİDLER (MÜZÂRAA, MÜSÂKÂT, MUĞARESE)

MÜZÂRAA

1. Tarifi:

Müzâraa sözlükte (ekin anlamına gelen) "ez-Zer'" den müfâale kalıbındadır. Bitkinin bitmesi için gereken şeyleri yapmak demektir. Şer'an ise elde edilen mahsulün bir kısmı üzere yapılan akid demektir. [1] Malikîlerin tarifine göre ekinde ortaklıktır. [2] Hanbelîlerin tarifine göre ise "Araziyi, orayı ekecek veya üzerinde çalışacak kimseye mahsulün aralarında paylaştırılması şartıyla vermek" demektir.[3]

Müzâraaya aynı şekilde (yumuşak arazi manasına gelen) kelimesinden türetilmiş" el-Muhâbere" ve (tarla manasına gelen) el-Muhâkele" adları da verilmektedir. Iraklılar buna el-Karah adını verirler. Şafiîler ise [4] muhabereyi, "Orada çalışacak kimsenin, tohumu da koyması şartı ile elde edilecek ürünün bir kısmı mukabilinde arazide çalışmak" diye nitelendirirler. Muzâraa ile muhabere aynı şeydir, fakat bu durumda tohum arazi sahibi tarafından verilir.

2. Meşruluğu

Ebu Hanife ile Züfer, müzâraayı caiz kabul etmezler. Böyle bir akdin fâsid olduğunu söylemişlerdir. Bir başka ifade ile onların görüşüne göre üçte bir veya dört-

1- *el-Bedâyi'*, VI, 175; *Tebyinu'l-Hakâik,* V, 278; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 193; *Tekmiletü Fethi'l Kadîr,* VIII, 32.

2- *eş-Şerhü'l-Kebîr,* III, 372; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 280.

3- *el-Muğnî,* V, 382; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 523.

4- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 323 vd.

te bir mukabilinde müzâraa akdi batıldır. (1) Aynı şekilde İmam Şafiî de müzâraayı caiz görmez. Bununla birlikte müzâraa sadece Şâfiîler tarafından ihtiyaç sebebiyle müsakata tabi olarak caiz kabul edilmiştir. Şayet hurma ağaçları arasında ekilmeyen bir arazi bulunuyor ise, âmilin (çalışan kişinin) aynı kişi olması şartı ile hurma ağaçları için müsakat akdi ile birlikte ekin bulunmayan arazi bölgeleri üzerinde müzâraa sahih olur.

Diğer bir şart ise hurma ağaçlarının tek başlarına sulanmalarının, ekin bulunmayan arazinin de imarının bağımsız olarak yapılmasının zor olmasıdır. Arazinin imarı ise, arazinin sulanması ve bellenmesi suretiyle, hurma ağaçlarından yararlanması için gerekli ziraatin yapılması şeklinde olur. Daha sahih olan görüşe göre şu şart da söz konusudur: Akid yapan taraflar her iki akdi ayrı ayrı yapmamalıdırlar. Bu iki akdi birlikte ve kesintisiz olarak yapmalı, ayrıca müzâraat akdi müsakat akdinin önüne geçirilmemelidir. Çünkü müzâraa akdi müsakat akdine tabi bir akittir. Tabi olan ise öne geçirilemez. Yine Şafiîlere göre müsakata tabi olarak muhabere akdi caiz olmaz; çünkü onun meşruiyetine dair bir delil varit olmamıştır. (2) Ebu Hanife Züfer ve Şafiî'nin müzâraanın meşru olmadığına dair delilleri Peygamber (a.s.)'in müzâraa demek olan muhabereyi nehyetmiş olmasıdır. (3) Diğer taraftan çalışan ortağın ücreti araziden çıkacak olan üründendir. Bu ürün ise ya akid esnasında var olmadığından dolayı ortada değildir, ya da arazinin vereceği ürün miktarı bilinmediğinden dolayı meçhuldür ve kimi zaman arazi hiç ürün de vermeyebilir. Bu gibi bütün bilgisizlikler ile akid mahallinin ortada olmaması icare akdinin fasit olmasını gerektirmektedir.

- İleride geleceği üzere-Peygamber (a.s.)'in Hayberliler ile muamelesi ise, bir mukâseme haracı (4) idi. Ve bu, onlara karşı bir lütuf ve bir sulh yoluyla araziden elde edilecek ürünün üçte biri veya dörtte biri gibi hisseler karşılığında yapılmıştı ki, böyle bir lütuf ve böyle bir sulh caizdir.

Ebu Hanife'nin iki arkadaşı Ebu Yusuf ile Muhammed, Malik, Ahmed, Dâvud ez-Zâhirî -ve aynı zamanda fakihlerin cumhurunun görüşü de budur- şöyle demektedirler: Muzâraa caizdir. Bunun delili ise Peygamber (a.s.)'in Hayberliler ile, ara-

1- *el-İnâye -Tekmiletü'l-Feth ile-* VIII, 32; üçte bir veya dörtte bir ile kayıtlamak, bu konudaki âdetin nazar-ı itibara alınması ve anlaşmazlık noktasının vurgulanması içindir. Çünkü bu miktar tayin edilmeyecek olursa, ittifakla fasit olur.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 324; *el-Mühezzeb,* I, 394.

3- Bu hadisi Müslim, Cabir b. Abdullah'tan rivayet etmiştir. İbn Ömer'den de rivayetine göre, Râfi' b. Hadîc, Resulullah (a.s.)'ın bunu nehyettiğini rivayet etmektedir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 180. Yine Müslim, Sâbit b. ed-Dahhâk'tan şunu rivayet etmektedir: *"Resulullah (a.s.) müzaraa akdini nehyetmiştir."* Ebu Dâvud, Nesei, Ahmed ve Buharî, Rafi'in arazinin kiralanmasını nehyeden hadisini rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 275, 280.

4- *Harac* iki türlüdür: *Harac-ı Vazife:* Fethedilen arazinin belli bir alanı üzerinde yıllık miktarı kesin ve belli bir kısmının tayin edilmesidir. *Harac-ı Mukâseme* ise, mesela, yarısını tayin etmek gibi arazi gelirinin muayyen bir miktarının tayini şeklinde olur.

ziden elde edilecek ekin veya meyvelerin yarısını almak şartı ile muamele akdinde bulunmuş olmasıdır. [1] Diğer taraftan bu, mal ile çalışma (emek) arasındaki bir ortaklık akdidir. İhtiyacı önlemek için mudarebe akdi gibi caizdir. Çünkü mal sahibi bazen ziraati beceremeyebilir, buna karşılık âmil (emek veren) bu işi güzel yapabilir. Onların dayanışması ile birlikte güzel üretim ve mahsul gerçekleşir. Hanefîlerce amel ve fetva Ebu Yusuf ile Muhammed'in görüşüne göredir. Çünkü insanların bu akidlere ve bu şekildeki uygulamalara ihtiyaçları vardır, tercihe sayan görüş de budur.

3. Muzâraa'nın Rüknü ve Akdin Niteliği

Hanefîlere göre: Muzâraa akdinin rüknü icap ve kabuldür. Bu da arazi sahibi olan kimsenin âmile (arazide çalışacak olana) şöyle demesidir: "Ben sana şu araziyi, şunun karşılığında müzâraa (ekim dikim) yapmak üzere veriyorum." Buna karşılık âmil de: "Kabul ettim", yahut "razı oldum" der veya kabul ve rızasına delâlet edecek ifadeler kullanır. İşte bu şekilde icap ve kabul gerçekleştiğinde, aralarında akid de tamamlanmış olur. [2]

Böyle bir akitte arazi sahibi veya malik, âmil veya ekim yapacak kişi ile akid mahalli olmak üzere üç taraf vardır. Akid mahalli arazinin menfaati veya âmilin emeği şeklinde ortaya çıkar. Hanefîlere göre müzâraa akdi başlangıçta bir icare akdidir, nihayette ise bir ortaklıktır. Eğer tohum âmil tarafından ise üzerinde akid yapılan konu arazinin menfaatidir. Eğer arazi sahibinden ise üzerinde akid yapılan konu âmilin menfaatidir.

Hanbelîler göre: [3] Müzâraa ve müsakat akdinin lafzen kabule ihtiyacı yoktur. Vekilin durumunda olduğu gibi kabul ederek işe başlaması yeterlidir.

Muzâraa akdinin niteliğine gelince:

Hanefîlere göre: Bu akid, diğer şirketler gibi lâzım olmayan bir akittir.

Malikîlere göre: [4] Tohum ve benzerleri ile, yani tohumun bitmesi için araziye bırakılması veya soğan ve buna benzer tohumu olmayan şeylerin fidanlarının dikilmesi suretiyle lâzım bir akid olur.

Malikîlerce mutemed kabul edilen görüşe göre: Malî şirketler kullanılan lafızlarla lâzım bir akit haline gelir.

Hanbelîlere göre: [5] Muzâraa ile müsakatın lâzım olmayan iki akid olduğunu

1- İmam Ahmed ve *Kütüb-i Sitte* sahipleri İbn Ömer'den rivayet etmişlerdir. İbn Abbas ve Cabir b. Abdullah'tan rivayet edilmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 272.

2- *el-Bedâyi',* X, 6, 176.

3- *Keşşâfu'l-Kınâ,* III, 528 vd.

4- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 392.

5- *Gâyetü'l-Munteha,* I, 154.

söylemişlerdir. Her iki taraf da bunları feshetmek hakkına sahiptir. Akid yapan taraflardan birisinin ölümü ile de akid batıl olur.

4. Müzâraanın Şartları

Hanefilere göre:

Ebu Yusuf ile Muhammed [1] müzâraada akdi yapanda, ekinde, ekilende, elde edilen üründe, ekilen arazide, akid mahallinde, ziraatte kullanılacak âlette ve müzâraa süresinde bir takım şartlar ön görürler.

Akid yapanda aranan şartlar: Akidlerde genel iki şart aranır:

a) Akid yapan kimsenin âkil (mümeyyiz) olması gerekir. Deli ve mümeyyiz olmayan küçüğün müzâraat akdi sahih değildir. Çünkü akıl tasarruf ehliyeti için bir şarttır.

Ergenlik çağına girmiş olma müzâraa akdi için bir şart değildir. Mezun olan küçüğün müzâraa akdi (icare gibi) caizdir. Müzâraa da, elde edilen ürünün bir kısmı karşılığında -bir bakıma- bir isticardır.

b) Ebu Hanife'nin görüşüne göre kişi mürted olmamalıdır. Çünkü mürtedin tasarrufları Ebu Hanife'ye göre mevkuftur (şarta bağlıdır) ve sahih olmaz. Ancak Ebu Yusuf ile Muhammed'e göre bu şart ön görülmez. Dolayısıyla mürtedin muzâraa akdi geçerli kabul edilir.

Mürted kadının müzâraa akdi ise Hanefîlerin ittifakı ile sahihtir.

Ekinde aranan şartlar: Neyin ekileceğinin bilinmesi gerekir. Çünkü fazlalık veya eksiklik açısından ekilenin durumlarında farklılık vardır. Bazı ekin çeşitleri (buğday, arpa) araziyi yorar, verimliliğini azaltırken, bazıları da (bakliyat gibi) araziyi güçlendirir. İstihsan deliline göre ise müzâraanın açıkça ifade edilmiş olması hâlinde, arazide neyin ekileceğinin açıklanması şart değildir. Bu takdirde neyin ekileceği âmilin görüşüne bırakılır.

Ekilecek olanda aranan şart: Bunun ziraat işine elverişli olması gerekir. Ve âdeten harcanan emek onun artışında etkili olmalıdır.

Ekimden elde edilecek üründe aranan şartlar: Böyle bir akitte, gerçekleşmedikleri takdirde, akdin fasit olmasını gerektirecek bir takım şartlar aranır:

a) Elde edilecek ürünün akitte (tür olarak) belirtilmesi. Çünkü bu, alınacak ücret mesabesindedir. Bunun bilinmemesi ise icare akdini bozar.

b) Ürünün, akdi yapan taraflar arasında ortak olması: Eğer taraflardan birisine tahsis edilmesi şart koşulursa akid fasit olur.

1- *el-Bedâyi'*, VI, 176-180; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr*, *-el-İnâye ile-* VIII, 34 vd.; *el-Kitâb -el-Lübâl ile-* II, 230; *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 279; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 193.

c) Ürünün yarısı, üçte biri, dörtte biri ve buna benzer kısmının belli edilmesi. Çünkü böyle bir takdirin terki anlaşmazlık doğurabilecek bir bilgisizliğin sebebidir.

d) Elde edilen ürünün, akdi yapan taraflar arasında aynı cinsten olması. Şayet onlardan her hangi birisine "dört müdd" veya "tohum kadar" gibi bilinen bir miktar şart koşulacak olursa, akid sahih olmaz. Çünkü şart koşulan bu miktardan fazla ürün elde edilmeme ihtimali de vardır.

Aynı şekilde suların kenarlarında veya kanalların çevresinde elde edilecek ürünün taraflardan birisine verilmesi şartı da sahih olmaz. Çünkü sadece o yerlerde ürünün meydana gelmesi, diğer taraflarda olmaması ihtimali de vardır.

Aynı şekilde samanın birisine, tanelerin de ötekine olmasını şart koşmak da sahih değildir. Çünkü bazan ekine bir âfet isabet eder, tane meydana gelmez ve sadecesaman elde edilebilir.

Ekilen arazide aranan şartlar: Ekilen arazide aşağıdaki şartlar aranır:

a) Ekime elverişli olmalıdır. Şayet arazi elverişli olmayacak kadar tuzlu bir yerde veya su altında bulunuyorsa, akid caiz olmaz. Çünkü muzâraa, elde edilen ürünün bir miktarı karşılığında yapılmış bir icare akdidir. Tuzlu ve su altındaki arazinin icaresi ise söz konusu olamaz. Dolayısıyla bunda müzâraa da yapılamaz .

b) Arazinin belli olması gerekir. Şayet belli değil ise, müzâraa sahih olmaz. Çünkü bu da anlaşmazlığı doğurur.

c) Arazi ile âmili başbaşa birakmak ve arazinin âmile boşaltılmış olarak teslim edilmesi şarttır. Arazi sahibinin, arazideki âmilin çalışmasını engelleyecek şeyleri tahliye etmesi, ortadan kaldırması gerekir. Şayet arazi sahibinin çalışması veya her ikisinin de çalışması şart koşulursa, gerekli tahliye yani araziyi amile bırakmak olmayacağından müzâraa da sahih olmaz.

Akid mahallinde aranan şart: Müzâraada, üzerinde akid yapılan şeyin örfen ve Şer'an maksat olarak gözetilecek türden olması lâzımdır. Yani örfen ve Şer'an ziraî işlerden birisi olmalıdır. Çünkü müzâraa iki şeyin icaresidir: Ya âmilin amelinin menfaati icare edilmiştir; bu takdirde tohum arazinin sahibi tarafından verilir, yahut da arazinin menfaati icare edilmiştir; bu takdirde de tohum âmil tarafından konulur.

Şayet isticarda bu iki özellik birlikte bulunacak olursa müzâraa akdi fasit olur. Eğer şart koşulan iş, mesela taşların kesilmesi, taşınması ve yol kenarlarına döşenmesi gibi ziraî olmayan işler hakkında yapılırsa bu akid fasit olur. Çünkü bu gibi işler ziraatin gerektirdiği işlerden değildir.

Ziraatte kullanılacak araçlarda aranan şart: Kullanılacak olan hayvan veya modern bir aracın akde tabi olması icap eder. Onun özellikle maksat olarak göze-

tilmemesi gerekir. Eğer bu alet akdin maksadını teşkil edecek olursa, müzâraa akdi fasit olur.

Müzâraa müddetinde aranan şart: Sürenin belli olması gerekir. Süre açıklanmadıkça müzâraa akdi sahih olmaz. Çünkü bu elde edilecek ürünün bir kısmı mukabilinde yapılan bir isticardır. Sürenin bilinmemesi durumunda icare akdi sahih olmaz. Bu konudaki süre de örf ile bilinen bir şeydir. Âmilin çalışma imkânını elde edemeyeceği bir sürede müzâraa fasit olur. Aynı şekilde akdi yapan taraflardan birisinin yaşayamayacağı süre ile de akid fasit olur. Fetvaya esas olan görüşe göre müzâraa, müddeti belli olmaksızın da sahih olur ve ilk olarak yapılacak tek bir ekim hakkında söz konusu olur. (1)

Genel olarak müzâraa, Ebu Yusuf ile Muhammed'in görüşüne göre şu sekiz şart ile sahih olur:

a) Akdi yapanların ehil kişiler olması,

b) Akid müddetinin tayin edilmesi -fetvaya esas olan görüşe göre bu şart değildir,-

c) Arazinin ziraate elverişli olması,

d) Arazi ile âmilin başbaşa bırakılması, yani arazinin âmilin işlemesi için uygun halde ona teslim edilmesi (tahliye),

e) Elde edilen mahsulün şirkette söz konusu olan manayı gerçekleştirmek için akdi yapan taraflar arasında aynı ve müşterek olması,

f) Arada çıkabilecek anlaşmazlıkları önlemek maksadıyla tohumun kim tarafından verileceği ve üzerinde akid yapılan arazinin menfaatleri veya âmilin menfaatlerinin bildirilmesi,

g) İster tohumu eken, ister ekmeyen olsun taraflardan her birisinin payının açıklanması (2)

h) Ücretin belli olabilmesi için tohumun türünün açıklanması. Çünkü ücret elde edilecek ürünün bir parçasıdır. Dolayısıyla bunun tayin edilmesi gerekir ki, elde edilecek ürünün hangi türden olacağı bilinmiş olsun. Zira tohumu verecek olan kişi bazen ancak çok emek harcamak ile ürün elde edilecek türden bir tohum verebilir.

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 193.

2- *Hidâye*'de zikredilen şudur: Tohum koymayan tarafın payı açıklanır. Çünkü o şart ile bir ivaza (karşılığa) hak kazanır. Dolayısıyla bunun bilinmesi lazımdır. Bilinemeyen bir şey ise akid ile şarta hak kazanmaz. Şu kadar var ki, Kadızâde bu ifade ile ilgili olarak şunları söylemektedir: Müzaraa akdinde akdin her iki tarafının payının beyan edilmesi gereğinde şüphe yoktur. O bakımdan o, tohum koymayan kişinin payının da açıklanmasını, ötekinin payı açıklanmaksızın pek büyük önem ifade etmeyen şartlardan saymıştır. Bu konu üzerinde iyi düşünülmelidir. *Tekmiletü Fethil-Kadîr,* VIII, 34.

İstihsana göre arazide neyin ekileceğinin açıklanması şart değildir.

Malikîlere göre: (1) Malikîler müzâraa akdinde üç şart ön görürler:

1- Arazinin, karşılığında kiralanması yasak olan bir ücret ile kiralanmaması. Mesela arazinin tümü veya bir kısmı tohumun karşılığında, yahut araziden bitmeyen türden olan bal vb. yiyecek mukabilinde, yahut yenecek türden olmasa dahi, pamuk ve keten gibi araziden biten şey mukabilinde kiralanmaması gerekir. Ancak kereste bundan müstesnadır. Yani müzâraa akdinin sahih olabilmesi için arazinin altın, gümüş, ticarî mal veya hayvan karşılığında kiralanması gereği vardır. Diğer taraftan tohumun da hem arazi sahibi, hem de âmil tarafından olması gerekir. Eğer tohum bir kişi tarafından konulur, arazi de diğerinin olursa, müzâraa akdi fasit olur.

Bu şartın ön görülmesinin sebebi Sünnette, arazinin orada biten mahsul karşılığında kiralanmasının nehyedildiğine dair buyruğun varit olmasıdır. (2) O bakımdan elde edilecek ürünün bir kısmı karşılığında arazinin kiralanması sahih olamaz.

2- Ortakların ortaya koyduklarının veya takdim ettiklerinin denk olması: Arazi ücretine karşılık tohumun dışında, mesela bir hayvanın çalışmasının ve benzeri şeyinkarşılık olarak ortaya konması, aralarında kârın durumuna göre bunun yapılması. Meselâ, arazinin ücreti yüz lira olursa, tohum dışında ona mukabil olarak ortaya konacak hayvan ve işin de yüz liraya eşit derecede bulunması gerekir. Bu durumda da kâr, aralarında eşit olarak paylaştırılır. Bu şekilde olursa sahihtir, değilse fasittir. Şirketin (ortaklığın) lüzumundan sonra birinin ötekine, emeğin veya kârın fazla miktarını bağışlaması caiz olur.

Her iki tarafın koyduğu tohumların buğday, arpa veya bakla gibi tür olarak benzer olması gerekir. Birinin tohumu ötekinden ayrı olursa, mesela biri ötekinin koyduğu tohumdan farklı bir tohum koyarsa, müzâraa akdi fasit olur, onların her birisi de tohumunun verdiği ürünü alır. İmam Malik ve İbnü'l-Kasım'ın fetvaya esas olan ve daha tercihe şayan olan görüşlerine göre, hakikaten veya hükmen her iki tohumun karıştırılması -malî şirketlerde olduğu gibi- şart değildir. Bilakis onların her birisi tohumlarını ortaya koysa ve her birinin tohumları ötekinden ayrı dahi olsa, yine şirket sahih olur.

Netice olarak, Malikîler akid taraflarının her birisinin tohum vermesini ve tür olarak eşit olmalarını, kârlarının aynı türden olmasını, her birisinin takdim ettiği arazi gibi aynî şey ile ötekinin takdim ettiği hayvan ve emek gibi menfaatlerinin denk olmasını, müzâraa akdinin araziden çıkanın bir kısmı karşılığında olmamasını şart koşarlar. Buna karşılık arazi, mahsulünden başka bir ivaz (değer) karşılığın-

1- *eş-Şerhü'l-Kebîr,* III, 372 vd; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 494 vd; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 280.
2- Ahmed, Buharî ve Neseî, Rafi' b. Hadîc'den rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 275.

da olmalıdır, derler. Dikkat edilecek olursa bu şartlar oldukça kesindir ve müzâraa akdine uygun düşmemektedir.

Şafiîlere göre: (1) Şafiîler müsakat akdine tabi olarak sahih olan müzâraa akdinde, akdi yapan tarafların meyve ve ekinden şart koşulan kısımlarında müsavi olmaları şartını koşmazlar. Meselâ, âmilin lehine meyvenin yarısı ve ekinin dörtte birinin şart koşulması sahih olur. Şayet araziden elde edilen ve şart koşulan miktar, oranın muayyen bir kısmının özelliklerinden olursa, bunun karşılığında arazinin kiralanmasının men edildiğini belirtmek suretiyle arazinin kiralanmasının men edildiği mahalli de tayin etmiştir ve: "Müzâraa araziden elde edilecek ürün karşılığında bir ameldir, tohum ise arazi sahibi tarafından verilir" demişlerdir.

Hanbelîlere göre: (2) Hanbelîler araziden elde edilen ürünün bir kısmı karşılığında müzâraayı caiz kabul ederler ve akdi yapanların elde edilen mahsulde eşit olmasını şart koşmazlar. Buna karşılık mezhebin zahir kabul edilen görüşüne göre, onlar da Şafiîler gibi tohumun arazi sahibi tarafından konulmasını şart koşmuşlardır. İmam Ahmed'den tohumun âmil tarafından verilmesinin caiz olabileceğine dair rivayet de gelmiştir. Ayrıca Hanbelîler akdi yapan taraflardan her birisinin alacağı payın açıklanmasını da şart koşarlar. Şayet alınacak pay bilinmeyecek olursa, müzâraa akdi fasit olur. Aynı şekilde tohumun türünün ve miktarının da bilinmesini şart koşarlar. Çünkü müzâraa, belli bir iş yapmak üzere yapılan bir akittir. Cins ve miktarı bilinmeyen bir şey üzerinde -icare gibi- yapılması caiz değildir.

5. Müzâraa'nın Halleri

Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre müzâraanın üçü sahih, biri de batıl olmak üzere dört hali vardır: (3)

1- Arazi ve tohum birisinden, emek, hayvan, ziraat aracı da ötekinden olması hali: Böyle bir müzâraa caizdir. Bu durumda arazi ve tohumun sahibi âmili ücretle tutmuş kabul edilir. Araziyi sürmek için kullanılan hayvan ve saire de ona tabi olur. Çünkü hayvan çalışmanın bir aracıdır.

2- Arazinin bir kişiye, hayvan, tohum ve emeğin bir başka kişiye ait olması hâli. Bu durumda da müzâraa akdi caizdir ve âmil kişi araziyi oradan elde edilecek ürünün bir kısmı mukabilinde kiralamış olur.

3- Arazi, hayvan ve tohumun bir kişiye, emeğin de bir başka kişiye ait olması hali. Bu durumda da müzâraa akdi caizdir ve bu takdirde arazi sahibi âmili araziden çıkan ürünün bir kısmı mukabilinde ücretle tutmuş demek olur.

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 324-325.
2- *el-Muğnî,* V, 382, 388, 392; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 533.
3- *el-Bedâyi',* VI, 179 vd; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* 35; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 281 vd; *ed-Dürrü'l Muhtâr,* V, 195 vd; *el-Lübab,* II, 299 vd.

4- Arazi ve hayvanın bir kişiye, tohum ve emeğin de ötekine ait olması halinde ise müzâraa akdi, zahir rivayete göre fasittir. Çünkü eğer akid arazinin icaresi kabul edilecek olursa, hayvanın arazi sahibi tarafından sağlanmasının şart koşulması, icare akdini ifsat eder. Zira hayvanın araziye tabi kabul edilmesine imkân yoktur. Çünkü onlardan sağlanan menfaat türü farklıdır. Yani hayvandan sağlanan menfaat araziden sağlanan menfaat türünden değildir. Çünkü arazi tohum ekmek ve ekin bitirmek içindir. Hayvan ise çalışmak ve araziyi sürmek içindir.

Eğer bu durumda akit, âmilin ücretle tutulması şeklinde kabul edilecek olursa, onun tohumu vermesinin şart koşulması da akdi bozar. Çünkü tohum -böyle bir durumda- ona tabi bir şey değildir.

6. Sahih ve Fasit Müzâraanın Hükmü

Sahih Müzâraa:

Hanefilere göre: [1] Sahih müzâraanın bir takım hükümleri vardır ki aşağıda gösterilmiştir:

1- Tohum ve koruma masrafları gibi ekinin ıslahı için gerekli duyulan müzâraaya ait bütün işler ekimi,yapana aittir. Çünkü akid bunları kapsamına almaktadır.

2- Gübre, otların temizlenmesi, hasat, ekinin dövülmesi gibi ekin için gerekli olan tüm masraflar, her birisinin üründen alacağı pay oranında akdi yapan taraflara aittir.

3- Araziden elde edilen mahsul, akdi yapanlar arasında ittifak edilen şarta göre pay edilir. Çünkü Peygamber (a.s.): *"Müslümanlar şartlarına bağlı kalırlar"* [2] buyurmuştur. Şayet araziden her hangi bir mahsul alınamayacak olursa akdi yapanlardan birisinin ötekinden alacak bir şeyi olmaz. Âmil her hangi bir şey alamaz, çünkü o elde edilen ürünün bir kısmı karşılığında ücretle tutulmuştur, ürün de elde edilememiştir. Bu durum fasit müzâraanın aksinedir. Fasit müzâraada, eğer araziden her hangi bir ürün alınamayacak olursa âmilin ecr-i misil (karşılığını) alması gerekir. Aradaki fark şudur: Sahih olan akitte ödenmesi gereken miktar, tayin edilen miktardır. Bu da elde edilen ürünün bir kısmıdır. Şayet ürün elde edilmeyecek olursa, her hangi bir şeyin ödenmesi gerekmez. Fasit olan müzâraada ödenmesi gereken miktar ise yapılan işin ecr-i mislidir. O da elde edilen üründe değil (arazi sahibinin) zimmetindedir. Ürün elde edilmemesi bu ecr-i mislin zimmette vacip olarak bulunmasını engellemez.

1- *el-Bedâyi'*, VI, 181 vd; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr*, VIII, 39; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 282; *el-Kitâl maa'l-Lübâb*, II, 231 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 199.

2- Hakim, Enes ve Aişe'den rivayet etmiştir. *Sahih* bir rivayettir. Ebu Dâvud ve Hakim de Ebu Hureyre'den şu lafızla rivayet etmiştir: *Müslümanlar şartları üzere kalırlar"* Tirmizî ve İbni Mace de Amr b. Avf'tan bu son lafızla rivayet etmiştir, *Nasbu'r-Râye*, IV, 112; *el-Camiu's-Sağîr*.

4- Niteliğinde de açıklamış olduğumuz gibi, müzâraa akdi Hanbelîlere göre lâzım bir akid değildir. Malikîlere göre ise tohumun ortaya konulması ile lâzım bir akid olur. Hanefîler ise, "Müzâraa tohum sahibi için lâzım değil, akdi yapan öbür taraf hakkında ise lâzımdır" demişlerdir. Bu kişinin, açıklayacağımız üzere bir özrü olmadıkça müzâraa akdini feshetmesi caiz değildir. Şayet tohum sahibi çalışmakdan kaçınacak olursa, bunun için mecbur tutulmaz. Tohumu koymayan kişi kaçınacak olursa, hakim tarafından çalışmaya mecbur edilir. Çünkü bu akitten dolayı kendisine her hangi bir zarar gelmez. akid ise icare ayarında lâzım bir akittir. Ancak ortada icare akdinin feshedilmesine sebep teşkil edecek bir özür bulunmakda ise, bu özür sebebiyle müzâraa akdi de feshedilebilir. Bu şekilde akdi yapan taraflar arasında fark görülmesinin sebebi de şudur: Tohumu koyacak olan kişinin akdi yerine getirmesi ancak mülkiyetinde olan tohumu toprakda telef etmesi ile mümkün olur. O bakımdan tohumu koyacak kişi hakkında tohumu toprağa atma işine başlaması istenerek, akdin lâzım (bağlayıcı) olmaması gerekir. Çünkü hiçbir insan mülkünü telef etmeye mecbur edilemez. Akdin öbür tarafının ise mülkünü her hangi bir şekilde telef etmesi söz konusu değildir. O bakımdan onun böyle bir akde başlaması onun hakkında lâzımdır (bağlayıcıdır).

5- Toprağın sürülmesi ve sulanması: Eğer bu konuda ittifak edilmiş veya şart koşulmuş ise, bu şart kim hakkında koşulmuşsa onun tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. Şayet bu konuda bir ittifak söz konusu değilse, mutat olan müzâraa akidleri gereğince akdi yapanlardan birisi buna mecbur edilir. Şayet arazi yağmur suyu ile sulanıyor ise her hangi bir kimse sulamak için mecbur edilmez. Öyle bir durum söz konusu değilse mutat olana göre hareket edilir. Eğer ekimi yapan sahih müzâraa akdinde arazinin sulanmasında ekinin telef olmasına sebep teşkil edecek şekilde kusurlu hareket edecek olursa, bu konuda kendisinin çalışması gereğinden dolayı tazminat öder. Böyle bir tazminat, emanetlerin muhafazası konusunda kusurlu hareket edenin vereceği türden bir tazminattır. Çünkü arazi onun elinde bir emanettir. Ancak fasit müzâraada her hangi bir tazminat ödemez.

6- Elde edilen ürün ile ilgili olarak zikredilen şarttan fazlasını vermek veya indirmek caizdir. Bu konudaki kaide şöyledir: Kendisi hakkında yeniden akid yapılma ihtimali olan her şeyde fazlalık ihtimali de olur. Öyle bir ihtimal yoksa olmaz. Her iki durumda ise indirmek, her zaman için caizdir. Satış akdinde semen (tesbit edilen değer)'de yapılan ziyade gibidir.

Âmil hasat sonrası arazi sahibinin payından bir fazlalık ister ve tohum da âmil tarafından konulmuş olursa, caiz değildir. Çünkü ücret için istenen fazlalık müzâraa işinin sona ermesinden ve üzerinde akid yapılanın -ki o da menfaattir- elde edilmesinden sonra gerçekleşmiştir. Bu ise caiz değildir . Çünkü hasattan sonra böyle bir akid yapılacak olsa caiz olmaz. O bakımdan hasat sonrası istenen bu fazlalık da caiz değildir.

Şayet bu durumda amile arazi sahibi tarafından fazlalık verilecek olursa caiz olur, çünkü bu arazi sahibinin hak etmiş olduğu miktardan yapılan bir indirimdir; bu indirim ise üzerinde akid yapılanın var olmasını gerektirmez.

Şayet tohum arazi sahibi tarafından konulmuş ve hasattan sonra amilin payından bir artış olursa, hüküm, tarla sahibi tarafından yapılacak bu fazlalığın caiz olmaması şeklindedir. Çünkü üzerinde akid yapılan şeyin istifasından (tahsil edilmesinden) sonra böyle bir artış söz konusu olmuştur. Ancak müzari'in böyle bir fazlalık yapması caizdir; çünkü bu kendisinin hak ettiği ücretten bir indirimdir.

Şayet fazlalık akdin herbir tarafını teşkil eden kişilerce hasattan önce meydana getirilecek olursa caizdir.

7- Ekinin yetişmesinden önce akdi yapanlardan birisi ölecek olursa ekin yetişmesine kadar bırakılır ve bu durumda amilinin üzerine her hangi bir şey icap etmez. Çünkü müddetin devamı ile icare akdi de devam etmektedir.

Şafiîlere göre: Tohumun arazi sahibinden olması halinde müzâraanın ancak müsakata tabi olarak caiz olduğunu öğrenmiş bulunuyoruz. Diğer taraftan (tohumun âmil tarafından olması şartıyla) muhaberenin müsakata tabi olarak caiz olmadığını da biliyoruz.

Bir arazide sadece müzâraa yapılacak olursa mahsul arazi sahibine aittir. Çünkü bu, onun mülkünün bir ürünüdür. Arazi sahibinin de âmile (çiftçiye), yaptığı işin, hayvanların ve araçlarının ecr-i mislini (karşılığını) ödemesi gerekir.

Elde edilen mahsulü her iki tarafa paylaştırmanın ve birinin ötekinden ayrıca ücret talep etmemesi şu iki şekilde söz konusu olur:

1- Arazi sahibi, âmili tohumun yarısı mukabilinde, hisse sahibi olarak ücretle tutmalıdır. Yani tohumun öbür yarısı arazisinde kendisi adına şayi (hisse sahibi) olarak ekmesini isteyecek, buna karşılık kendisi de şayi olarak arazisinin yarısını ona ariyet olarak verecektir.

2- Arazi sahibi, âmili şayi (hisse sahibi) olarak tohumun yarısı mukabilinde ücretle tutucak, arazinin gelirinin yarısı da pay edilecek, bunu da geri kalan tohumun yarısını arazinin öteki yarısında ekmesi için yapmış olacak.

Bu durumda her iki taraf da yarı yarıya ekinde ortak olmuş olacaklardır. Kimsenin ötekinden de alacağı bir ücret olmaz. Çünkü âmil ekindeki payı kadar arazinin gelirinden hak kazanır; arazi sahibi olan malik de ekindeki payı oranında arazinin gelirine hak kazanır. [1]

Fasit Müzâraa:

Hanefîlere göre: Fasit müzâraanın da bir takım hükümleri vardır: [2]

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 325.

2- *el-Bedâyi',* VI, 182 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 39 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 282; *ed Dürrü'l-Muhtâr,* V, 196; *el-Kitâb, maa'l-Lübâb,* II, 231.

1- Müzari (ekimi yapan amil)'in müzâraa işlerinden her hangi bir şey yapması gerekmez. Çünkü bu işleri yapmak o akid sebebiyle kendisine icap etmiştir. Akid de zaten sahih olmamıştır.

2- Meydana gelen ürünün tümü, tohum sahibine aittir. Bu tohumu ister arazi sahibi koymuş olsun, isterse ekini yapan müzari (âmil-çiftçi) yapmış olsun. Çünkü o, bu ekine mülkünün artışı olması sebebiyle hak kazanmıştır, koşulan şart dolayısıyla değil. Malikîlerle Hanbelîler [1] bu hükümde Hanefîlerle ittifak halindedirler. O da şudur: Akid fasit olduğu takdirde ekinin tohum sahibine ait olması lüzumu vardır.

3- Şayet tohum arazi sahibi tarafından verilmiş ise, müzâraa akdinin fasit olması sebebiyle müzari (âmil-çiftçi) amelinin ecr-i misline hak kazanır. Eğer tohum, âmil tarafından konulmuş ise, o takdirde arazi sahibine arazinin ecr-i mislini ödemesi gerekir. Çünkü her iki halde de akid bir isticar olur.

Birinci halde mahsulün tümü arazi sahibi için helâldir. Çünkü bu, onun malı olan tohumun yine onun mülkü olan arazide artması demektir. İkinci halde ise, ürünün tümü müzari için helâl değildir. O bu üründe sadece tohumu kadar ve arazinin ecr-i misli kadarını alır, artanı da tasadduk eder.

4- Araziden hiçbir mahsul alınmayacak olsa dahi, müzari tarafından arazinin kullanılmasından sonra fasit müzâraa akdinde ecr-i misil gerekir. Çünkü müzâraa bir icare akdidir. Fasit icarede ücret ise ancak gerçek manada kullanma sebebiyle vacip olur. Sahih müzâraada ise arazi her hangi bir ürün vermeyecek olursa, her hangi birisinin ötekine bir şey ödemesi gerekmez. Aradaki farkı yukarıda sahih müzâraa hükümlerinde (123. sh. deki 3 no'lu farkta) belirtmiş bulunuyoruz.

5- Fasit müzâraada ecr-i misil, Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'a göre belirtilen ücret miktarını geçemez. Çünkü böylelikle her iki tarafın rızası ile mümkün olan miktar kabul edilerek amel edilmiş olur. Ayrıca âmil bu miktarı almayı kabul etmiştir.

İmam Muhamed'e göre ise, miktar ne olursa olsun, ona ecr-i mislin ödenmesi gerekir. Çünkü sağlanan menfaatlerin kıymeti bu ecr-i misildir. O ise fasit bir akid ile bir takım menfaatler sağlamıştır, onların kıymetlerinin ödenmesi gerekir; çünkü bunların misilleri olmaz.

7. Müzâraanın Sona Ermesi ve Feshedilme Halleri

Müzâraa bazen ondan gözetilen maksadın gerçekleşmesi ile sona erebildiği gibi, bazen ondan gözetilen maksadın gerçekleşmesinden önce de sona erebilir. Bu şekilde sona ermesi aşağıdaki hallerde olur:

1- Müzâraa süresisinin sona ermesi: Müzâraa akid müddetinin sona ermesiyle

---

1- *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 498; *el-Muğnî*, V, 392.

sona erer. Akdin infisahı yani kendiliğinden fesh olmasının manası da budur. (1)

Ancak müddet sona erip ürün de yetişmiş ise, akdi yapan taraflar elde ettikleri mahsulü ittifak ettikleri veya şart koştukları şekilde kendi aralarında paylaşırlar ve ortada her hangi bir problem de olmaz; bununla da akid sona ermiş olur.

Şayet akitte tayin edilen müddet sona erer veya müzâraanın süresi biter de, ürün henüz olgunlaşmamış olursa, müzâraa akdi ekin olgunlaşıp hasat edilinceye kadar devam eder. Böylelikle her iki tarafın maslahatına da -icare akdinde olduğu gibi- imkan oranında riayet edilmiş olur.

Bu durumda âmilin -icâarede olduğu gibi- ekinin hasat edileceği zamana kadar araziden payına düşen kısmın ecr-i mislini ödemesi gerekir. Çünkü o, hasat zamanına kadar kendi payına düşen miktarın yetişmesi için arazinin bir kısmının menfaatini elde etmiş bulunmakdadır.

O takdirde ekinin masrafı, koruma masrafı, akarsuların bakım ve onarım masrafı akdi yapan taraflara hisseleri oranında düşer. Çünkü sürenin sona ermesiyle akid de sona ermiştir. Akid müddeti esnasında ise bu gibi hususlar âmile aittir. Akid sona erdiği takdirde bu gibi masrafların her iki tarafça karşılanması vacip olur. Çünkü ekin ikisi arasında ortak bir maldır.

Ancak ekinin yetişmesinden önce akid taraflarından birinin ölümü halinde durum böyle değildir. Ekin olduğu yerde yetişinceye kadar bırakılır. Çalışma ve masrafları da âmile ait olur. Çünkü Hanefîler böyle bir durumda şunu ön görmüşlerdir: İstihsan delili gereği icare akdi -icare müddetinin devamı sebebiyle- geçerli kalmaya devam eder. Âmil veya onun mirasçıları işi olduğu gibi devam ettirirler. Akid müddetinin sona ermesi halinde ise, müddet sona erdiğinden dolayı akdin olduğu gibi bırakılmasına imkan olmaz.

2- Akid taraflarından birisinin ölümü: Akid taraflarından birisinin ölümü ile müzâraa akdi sona erer veya fesholur. (2) Tıpkı ölüm sebebiyle icare akdinin de fesholması gibi. Söz konusu bu ölümün müzâraadan önce veya sonra meydana gelmesi arasında fark olmadığı gibi, ekinin olgunlaşmış olmasından önce olması ile sonra olması arasında da fark yoktur. Hanefîlerle Hanbelîlerin görüşü budur. Malikîlerle Şafiîler ise, akid taraflarından birisinin ölümü ile hüküm icarede olduğu gibitir, yani müzâraa akdi sona ermez, demişlerdir.

Ancak arazinin sahibi ölmüş ve henüz ekin olgunlaşmamış ise, âmil veya onun mirasçısı çalışmayı devam ettirmek zorundadır. Çünkü akid ile âmilin ekinin olgunlaşması veya bitmesi zamanına kadar bir takım işlerin yapılmasını gerekli kıl-

---

1- *el-Bedâyi'*, VI, 184; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr*, VIII, 43; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb*, II, 232; *ed-Dürrü'l Muhtâr ve Reddu'l-Muhtâr*, V, 197.

2- *el-Bedâyi'*, VI, 184 vd.; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr*, VIII, 42; *el-Kitâb*, II, 232; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr*, V, 198; *Tebyinu'l-Hakâik*, V, 282.

makdadır. Açıklamış olduğumuz gibi akid, zaruret sebebiyle istihsanen -ekin yeşerir ve akid taraflarından birisi ölür ise- ekinin sonuna kadar devam ettirilir ve ekin hasada kadar yerinde kalır, âmilin ayrıca arazi için ecr-i misil ödemesi gerekmez. Bundan sonra ise akid süresinin geri kalan yıllarında bozulmuş olur; çünkü bunu devam ettirmeyi gerektirecek bir zaruret yoktur. Zira ürünün hasadına kadar akdin devamında akid taraflarının menfaatine riayet söz konusudur. O bakımdan âmil veya onun mirasçıları ittifak edilmiş şekilde çalışmalarına devam ederler.

3- Özür sebebiyle akdin feshi: Akdin lüzumundan önce akdin feshi söz konusu olursa müzâraa sona ermiş olur. Hanefîlerce kabul edilen hüküm şudur: Tohumu vermek durumunda olan kişi mücerret akid ile müzâraa akdine bağlı kalmak zorunda değildir. Akid onun için lâzım (=bağlayıcı) değildir. Malikîlere göre ise müzâraa akdi ancak âmilin işe başlaması ile lâzım olur. Âmil, müzâraa işlerine başlamadığı sürece akdi feshedebilir.

Hanefîlere göre müzâraa akdi, lüzumdan sonra ister arazi sahibi tarafından ister âmil tarafından olsun bir takım özürlerden birisi sebebiyle feshedilmesi caizdir. Aşağıdaki özürler bunlara örnektir: [1]

a) Arazinin sahibinin, üzerinde müzâraa yapılması ittifak edilen araziyi satmasını gerektirecek şekilde borcunun ortaya çıkması ve bu arazinin dışında da onu karşılayacak malının bulunmaması. Böyle bir borç sebebiyle arazisini satabilir ve bu özür sebebiyle de -icare akdinde olduğu gibi- akdi feshedebilir. Çünkü onun bu akdi sürdürmesi ancak kendisine gelebilecek bir zarara katlanması ile mümkün olur. Böyle bir zarara katlanması ise onun için lâzım değildir. Bu durumda hakim önce sahibinin borcu karşılığında araziyi satar, daha sonra müzâraa akdini fesheder. Bizzat bu özür sebebiyle kendiliğinden fesh olmaz.

Bu durum, eğer müzâraadan önce fesh mümkün ise, veya ekin yetişip hasat edilmek noktasına geldikten sonra feshe imkân olması halinde söz konusudur. Şayet feshe -henüz ekin olgunlaşıp hasat edilme noktasına gelmediğinden dolayı- imkân olmazsa, arazi borç sebebiyle ekin yetişinceye kadar satılmaz ve müzâraa akdi de fesholunmaz. Çünkü böyle bir satışta âmilin hakkı iptal edilmektedir. Diğer taraftan ekinin olgunlaşması zamanına kadar beklemekte alacaklı kimsenin hakkının gecikmesi söz konusudur. O bakımdan her iki tarafın menfaatine riayet etmek için satış geciktirilir, çünkü evlâ olan yol budur.

Diğer taraftan müzâraa akdinin feshinden ve âmilin de çalışmasından sonra âmile kazacn yani, hakimin hükmüyle taviz (ödün) verilmesi için üç hal söz konusudur:

1- Şayet müzari araziyi sürdükten ve su yollarını açtıktan sonra akid feshedi-

1- *el-Bedâyi',* VI, 183 vd.; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr ve'l-İnâye,* VIII, 42; *el-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 196; *Tebyinu'l-Hakâik,* V, 282; *el-Kitâb maa'l-Lübâb,* II, 232.

lirse, âmilin yaptığı bu işler karşılığında alacak bir şeyi yoktur. Çünkü onun yaptığı bu işler öyle bir takım menfaatlerdir ki karşılığı ancak arazi sahibi tarafından yapılacak akit ile tesbit edilir. Akdin kıymeti ise elde edilecek mahsul ile tayin edilmiştir; bu mahsul ise henüz elde edilmemiştir. Bununla birlikte arazi sahibinin, kendisi ile Allah arasında diyanetten âmili razı etmesi icap eder.

2- Şayet ekin yeşermiş, fakat henüz biçilmemiş ise biçilinceye kadar borç sebebiyle arazi satılmaz. Çünkü arazinin satılması ile müzari olan amilin hakkı iptal edilmiş olur. Borcun ödenmesinin geciktirilmesi ise, hakkın iptalinden daha hafiftir. O bakımdan açıklamış olduğumuz üzere satış ve ödeme geciktirilir.

3- Âmil, araziyi ekmiş, fakat henüz ekin yeşermemiş iken arazi sahibine ödemesi gereken büyük bir borç gelip çatarsa ve bundan dolayı muzâraa akdi feshedilmek istenirse, arazi sahibi bu araziyi satabilir mi? Bu konuda Hanefî alimlerinin farklı görüşleri vardır. Onların kimisi satma hakkına sahip olduğunu kabul eder. Çünkü tohum sahibinin arazide fiilen aynî bir malı bulunmamakdadır. Zira tohumu ekmek bir tüketimdir. Tüketim ise bir mal değildir. Bu bakımdan arazi satılabilir. Diğer bir kısım âlimler ise, arazi sahibinin araziyi satamayacağını söylemişlerdir. Çünkü tohum atmak bir malın artışını sağlamak için yapılır, bir istihlak, tüketim sayılmaz. Dolayısıyla amilin fiilen var olan aynî bir malı söz konusudur. O bakımdan hasada kadar arazi satılamaz. Tıpkı ekinin yeşermesinden sonra satılamayacağı gibi. *Hidâye* müellifi de bunu tercih etmiş olmalıdır.

b) Âmilin hastalık gibi bir takım hallerinin ortaya çıkmış olması: Çünkü müzari çalışamayacak hale gelir. Yolculuk da bir özürdür. Çünkü yolculuk yapmak ihtiyacını duyabilir. Geçimini sağlayacak şekilde kazanmak maksadı ile meslek değiştirmek zorunda da kalabilir. Allah yolunda cihat etmek gibi, çalışmaktan alıkoyan her hangi bir engel de böyledir, -icarede olduğu gibi- hırsızlık ve benzeri şeylerle hıyanet de bu özürler arasındadır.

Acaba akdin feshedilmesi için hakimin hükmü gerekli midir, yoksa karşılıklı rıza ile bu fesih sahih olur mu? Bu konuda Hanefîlerden iki rivayet gelmiştir. Bir rivayete göre feshin sahih olması için hakimin hükmü ve karşılıklı rıza şarttır. Çünkü muzâraa akti icare gibidir; dolayısıyla feshin sahih olması için hakimin hükmü veya rıza lazımdır. Tercihe şayan rivayet ise müzâraanın hakimin hükmü ve rıza olmasa dahi, feshinin caiz olacağı şeklindedir.

MÜSAKAT VEYA MUAMELE

1. Tarifi

Müsakat, sözlükte sulamak manasına gelen "saky" kökünden müfaale kalıbında bir kelimedir. Medineliler tarafından bu işleme *muamele* adı verilir. Bu da iş manasına gelen "amel" kökünden müfaale vezninde kullanılan bir ifadedir. Ancak çoğunlukla sulama söz konusu edildiğinden dolayı *müsakat* isminin kullanılması

daha tercih edilir. Şer'an *müsakat*, meyvenin aralarında taksim edilmesi şartı ile meyve ağaçlarının ıslah ve bakımını yapacak bir kimseye verilmesi veya elde edilen mahsulün bir kısmı mukabilinde bakımını ve gözetimini yapması şartıyla bir kimseyle yapılan bir akitten ibarettir. Bir başka ifade ile müsakat, mahsulünün belli bir miktarı karşılığında bakımlarını üstlenecek kimselere ağaçların verilmesidir. Şafiî mezhebine göre müsakat kişinin başkası ile sadece hurma veya üzüm ağaçlarını sulamak ve bakımını yapmak üzere mahsulü aralarında bölüşülmek şartı ile vermesi için anlaşması demektir. (1)

2. Meşruluğu

Hanefîlere göre müsakat hüküm, görüş ayrılıkları ve onun hakkında mümkün olan şartlar bakımından müzâraa gibidir. Ebu Hanîfe ve İmam Züfer'e göre caiz değildir. Onlara göre mahsulün bir kısmı karşılığında yapılan müsakat akdi batıldır. Çünkü böyle bir akid elde edilen ürünün bir kısmı karşılığında yapılan bir kiralamadır. Böyle bir kiralama ise nehyedilmiştir. Peygamber (a.s.) de şöyle buyurmakdadır: *"Her kimin bir arazisi varsa onu bizzat eksin. Üçte bir, dörtte bir ve tayin edilmiş bir yiyecek karşılığında da onu kiraya vermesin."* (2)

Ebu Yusuf, Muhammed ve (aralarında İmam Malik, Şafiî ve Ahmed'in de yer aldığı) ulemanın cumhuru ise şöyle demektedir: "Müsakat, bir takım şartlarla caizdir." Bu konuda da Peygamber (a.s.)'in Hayber halkı ile yaptığı muameleyi delil gösterirler. İbn Ömer'den şöyle rivayet edilmiştir: "Resulullah (a.s.) elde edilecek ekin veya meyvenin yarısı karşılığında Hayber halkı ile anlaşmıştır. Bu hadisi İmam Ahmed ve *Kütüb-i sitte* sahipleri rivayet etmiştir. Ayrıca insanların böyle bir akde ihtiyaçları da vardır. Çünkü ağaçları olan bir kimse onların güzel bir şekilde bakımını yapamayabilir veya bu iş için vakti olmayabilir. Bu gibi ağaçların bakımını yapabilen ve bunun için vakdi olan kimsenin de bazen ağaçları olmayabilir. O bakımdan birincisi çalışacak bir kimseye, ikincisi de çalışacak bir işe muhtaçtır.

Hanefî mezhebinde fetva Ebu Yusuf ile Muhammed'in görüşüne göre verilmiştir. Çünkü Peygamber (a.s.), hanımları, Hulefa-i raşidin ve Medine halkı bu işlemi yaptıkları gibi, müsakatın mübahlığı üzerinde ashab-ı kiramın da icması vardır. (3) Malikî mezhebine mensup İbn Cüzeyy şöyle demektedir: "Müsakat yasaklanmış iki asıl akit olan meçhul şeyin kiralanması ve henüz yaratılmamış olanın satılmasından istisna edilmiş caiz bir akittir." (4)

1- *Tebyinu'l-Hakâik*, V, 284; *el-Bedâyi'*, VI, 185; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 200; *el-Lübâb*, II, 233; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 279; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 322; *Keşşâfu'l-Kınâ'*, III, 523.

2- Buharî ve Müslim tarafından Rafi' b. Hadîc'den rivayet edilmiş olmakla birlikte, oldukça *muzdarib* bir hadistir. *el-Muğnî*, V, 383, 385.

3- *el-Muğnî*, V, 384; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr*, VIII, 45 vd; *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 322 vd.

4- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 279; *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 242.

3. Rüknü

Hanefîlere göre müsakatın rüknü, müzâraada olduğu gibi, icap ve kabuldür. İcap ağaçların sahibi tarafından yapılır, kabul de âmil veya müzari tarafından yapılır. Makudun aleyh (üzerinde akid yapılan) ise müzâraanın aksine, her hangi bir tereddüt söz konusu olmaksızın, sadece âmilin yaptığı iştir. Malikîlere göre bu akid, iş ile değil lafız ile lâzım olur. Hanbelîler bunun müzâraa gibi olduğunu belirterek ayrıca lafzen kabule ihtiyacı olmadığını kabul ederek -vekilin durumunda olduğu gibi- işe başlamanın yeterli olduğunu söylemişlerdir. Şafiîler ise, işlerin tafsilatına dair açıklamalar söz konusu olmaksızın, lafzan kabul edilmesini şart koşarlar. Her hususta mutlak olarak kullanılan ifadeler çoğunlukla görülen örfe hamledilir. (1)

4. Neler Hakkında Yapılabilir?

Hanefîlere göre: (2) Müsakat akdi, meyve veren ağaçlar hakkında yapılabilir. O bakımdan müsakat hurma, meyveli ağaçlar, üzüm bağları (veya asmaları), yonca, patlıcan kökleri gibi şeyler hakkında sahih olur. Çünkü bu akdin câiz olmasının sebebi, ihtiyaçtır ve bütün bu gibi şeyler için böyle bir akde ihtiyaç duyulabilir. Hanefîlerin sonraki alimleri kavak ve söğüt gibi meyvesi olmayan ve odun için yetiştirilen ağaçlar ile ilgili olarak da bu muamelenin yapılmasını caiz kabul etmişlerdir. Çünkü bu tür ağaçların da sulanmaya ve korunmaya ihtiyaçları vardır. Şayet buna ihtiyaçları yoksa onlar hakkında müsakat akdi caiz olmaz.

Malikîlere göre: (3) Müsakat akdi, nohut ve fasulye gibi ekilen şeyler ile üzüm, hurma, elma, nar türünden sabit kökleri olan meyve veren ağaçlar hakkında yapılabilir. Bunun da iki şartı vardır:

a) Müsakat akdi, meyvenin olgunlaştığının görülmesinden ve satılmasının caiz oluşundan önce yapılmış olmalıdır. Ayrıca bu meyvenin muz ve incir gibi koparıldıktan sonra tekrar oluşmayan türden olması gerekir. Bu gibi meyve ağaçları hakkında ancak başkasına tabi olması halinde müsakat sahih olabilir.

b) Birkaç sene için dahi olsa, belli bir süre ile bu akdin yapılması gerekir. Ancak uzun yıllar boyunca yapılması mekruhtur. Hele hele oldukça fazla yıllar süren bir süre için müsakat akdi caiz olmaz. Söz konusu bu süre ise ağaçların ve bölgelerin değişikliğine göre âdeten köklerin değişim gösterdikleri süre kadardır. Diğer taraftan karşılığında müsakat yapılan kısmın bir senede bir miktar, öbür senelerde başka miktarlarda yapılması halinde de müsakat akdi caiz olmaz.

1- *el-Bedâyi',* VI, 185; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 528; *Bidâyetü'l-Müctehid,* I, 247; *eş-Şerhu's-Sağîr,* II 712; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 328.

2- *el-Bedâyi',* VI, 186; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr,* VIII, 47; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddu'l-Muhtâr,* V 200 vd.; *Tebyinu'l-Hakâik,* V, 284; *el-Lübâb,* II, 234.

3- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 279; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 713-718; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 243 246.

İbnü'l-Kasım'a göre bu akdin sahih olabilmesi için müsakat lafzının kullanılması şartı vardır. İcare lafzı ile bu akid olmaz. Ona göre karpuz, kavun gibi sabit kökleri bulunmayan ve ekinler hakkında da dört şart ile bu akid caizdir. Belirtilen iki şarta ek olarak şu şartlar da aranır:

c) Bu akdin, ürünün toprağın üstüne çıkmasından sonra yapılması,

d) Sahibinin bunlara bakamayacak durumda olması.

Karşılığında müsakatın yapıldığı mahsulden alınacak kısmın ise, bahçenin bütün meyvelerinde şayi' yaygın olması şarttır. Muayyen bir ağaç veya muayyen bir miktar karşılığında yapılması sahih olmaz. Bununla birlikte bu kısmın dörtte bir, üçte bir, daha az veya daha çok miktarda olmak üzere belirtilmesi de şarttır.

Hanbelîlere göre: [1] Sadece yenilir meyvesi olan ağaçlar hakkında söz konusu olur. Meyvesi bulunmayan söğüt, kavak, mazı, gül ve benzeri ağaçlar hakkında müsakat akdi sahih değildir.

Sonraki Şafiîlerin görüşüne göre: [2] Müsakat akdi, sadece hurma ve üzüm ağaçları hakkında söz konusudur. Hurma ağaçları hakkında söz konusu olmasının sebebi, daha önce gördüğümüz Buharî ve Müslim'deki Peygamber (a.s.)'in Hayberlilerle muamele yapmasıdır. Bir diğer rivayete göre ise Hz. Peygamber Hayber yahudilerine oranın hurma ağaçlarını ve topraklarını, elde edilecek meyve veya ekinin yarısı mukabilinde teslim etmiştir. Üzüm ise hurmaya benzemektedir. Çünkü o da hurma hükmündedir. Zira her ikisinde de zekâtın vacip oluşu ortak bir özelliktir. Kadîm mezhebinde Şafiî, meyve veren diğer ağaçlar hakkında da bu akdi caiz kabul etmiştir.

5. Müsakat ile Müzâraa Akdi Arasındaki Farklar

Hanefîlere göre: Müsakat da -dört husus müstesnâ- müzâraa gibidir: [3]

1- Müsakat akdinde taraflardan birisi akdi uygulamak istemeyecek olursa buna mecbur edilir. Çünkü müzâraa akdinin aksine bu akdin kalıcılığında, onun göreceği bir zarar yoktur. Zira (müzâraa akdinde) tohumun sahibi, tohumun saçılmasından önce akdi yerine getirmek istemeyecek olursa buna mecbur edilmez. Zira akdin devamında ona bir zarar gelmesi söz konusudur. Müsakat ise Hanbelîlerin dışında kalan cumhura göre lâzım bir akittir. Müzâraa ise ancak tohumun saçılması halinde akdin tarafları için lâzım (bağlayıcı) bir akid olur. Hanbelîler ise bu konuda şöyle derler: [4] "Vekâlet, şirket, mudarebe, müzâraa, vedîa ve ciâle her iki taraf için de

1- *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 523.
2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 323; *el-Mühezzeb,* I, 390.
3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 201; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 284.
4- *Gâyetu'l-Muntehâ,* İbn Yusuf el-Hanbelî, III, 154; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 528 vd.; *el-Muğnî* V, 372 vd.

caiz akidlerdir, taraflar bu akidleri feshetmek hakkına sahiptir."

2- Müsakatın süresi sona erdiği takdirde akid terkedilir. Yani akid ücretsiz olarak devam eder ve âmil de ağaçların sahibi yanında ücretsiz olarak çalışır. Âmil, meyvenin sonuna kadar işinde kalmak imkânına sahiptir. Şu kadar var ki, bu işi karşılığında ücret hakkı yoktur. Zira Hanefîlere göre ağaçların kiralanması caiz değildir. Diğer taraftan bütün işler âmile aittir. Müzâraa akdinde ise âmil araziden payına düşen kadarı bir ücretleile işine devam eder. Çünkü arazinin kiralanması ve üzerinde çalışılması, ekindeki mülkiyete göre caizdir. Bu durumda çalışma, hem âmil hakkında ve hem de arazi sahibi hakkında söz konusudur. Arazi sahibinin amile ücret ödemesi gerektiği takdirde, müddetin sona ermeşinden sonra arazi sahibinin payında âmilin çalışması icap etmez.

3- Eğer hurma ağaçlarında arazi sahibinden başkasının da hakkının olduğu ortaya çıkarsa, âmil ecr-i mislini almak için başvurur. Çünkü artık onun ücreti ayn durumuna geçmiştir. Yani ağaçların bir kısmında müşahhaslaşmıştır. Ayna dönüşüp istihkak edilmesi halinde ise, sağlanan menfaatlerin değeri kadar almak için başvurur. Şu kadar var ki, ağaçlar meyve vermemiş ise bir şey alamaz. Müzâraa akdinde ise, ekimden sonra arazi başkası tarafından hak edilecek (istihkak) olursa âmil bitmiş ekindeki hissesinin kıymeti kadarını almak için başvurur. Çalışmasından sonra ancak ekimden önce arazide başkasının hakkı olduğu ortaya çıkarsa bu sefer âmilin alacak bir şeyi olmaz.

4- Müsakatta müddetin açıklanması ihtihsanen şart kabul edilmemiştir. Âdeten vaktinin bilinmesi ile yetinilir. Çünkü meyvenin olgunlaşması için belli bir vakit vardır ve bu vakit ekinin aksine çok az değişiklik gösterir. Ancak ekinin biçilmesi tohumun erken veya geç saçılmasına göre önce de olabilir, sonraya da kalabilir.

Müzâraa akdinde ise, mezhepte kabul edilen asıl görüşe göre müddetin tayin edilmesi şarttır. Ancak açıklamış olduğumuz gibi fetvaya esas olan görüşe göre şart değildir.

Hanefîlerle Şafiîlere göre müsakat ile müzâraa akdi başlangıcı itibariyle icare, nihayeti itibariyle ortaklık kabul edilmektedir. Hanbelîler müsakat akdini mudarebe gibi değerlendirirler. [1]

6. Müsakatın Şartları

Müsakat akdinde, müzâraanın şartları arasında mümkün olan şartlar aranır. Müsakat akdinde tohumun türünün, kime ait olacağının, arazinin ziraate uygun olmasının ve sürenin açıklanması şartına ihtiyaç yoktur.

Buna göre müzâraanın sekiz şartından müsakat hakkında mümkün olan geri-

1- *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 529.

ye kalan şartları şunlar olur: Akdi yapan tarafların ehliyet sahibi olmaları, âmilin hissesinin açıklanması ve âmile ağaçlar üzerinde çalışma imkanının verilmesi, elde edilen üründe ortaklık. Bu son şartın kapsamına âmil verilmesi şart koşulan kısmın belli bir taraftan değil bütün meyveden ayrılarak verilmesi şartı da girer. [1]

Müsakat şartlarını aşağıdaki şekilde açıklamak mümkündür: [2]

1- Akdi yapanların ehil olması: Her iki tarafın da akıllı olması gerekmektedir. Aklı ermeyenin akdi caiz değildir. Böyle bir kimse ise mümeyyiz olmayan kimsedir. Büluğa erme Hanefîlere göre şart değildir, diğer imamlara göre ise şarttır.

2- Akid mahalli (konusu): Meyve veren ağaçlar hakkında olmalıdır. Bu konudaki görüş ayrılıklarını müsakat akdinin neler hakkında yapılabileceği bahsinde açıklamış bulunuyoruz. Diğer taraftan çalışma mahalli olan ağaçların da malum (belli) olması gerekmektedir.

3- Ağaçların âmile teslim edilmesi: Yani âmil ile üzerlerinde akid yapılan ağaçlar arasına engel konulmaması gerekmektedir. Şayet akid taraflarının her ikisinin de çalışması şartı koşulacak olursa böyle bir tahliye (engellerin ortadan kaldırılması) söz konusu olmayacağından müsakat akdi fasit olur.

4- Elde edilen mahsulün akdin tarafları arasında ortak olması ve her birisinin payının miktarı belli, fakat şayi' bir cüz olması. Şayet ürünün onlardan birisine ait olması şartı koşulacak olursa, müsakat akdi fasit olur. Her hangi birilerine muayyen bir cüz şart koşulsa veya hisselerin miktarı bilinmeyecek olursa yine müsakat akdi fasit olur.

Hanefîlere göre: İstihsan delili gereği müsakatın süresinin beyan edilmesi şartı yoktur. Bu konuda örfe ve teamüle göre amel edilir. Müsakat senenin başında ilk olarak elde edilen meyve hakkında söz konusu olur. Hanefîlere göre yoncalar hakkında müsakat yapılmış ise, meyve veren ağaçlarda olduğu gibi, yoncaların ilk toplanması hakkında söz konusu olur. Şayet o sene her hangi bir meyve alınmayacak olursa müsakat akdi fasit olur.

Eğer müsakat akdi için bir süreden söz edilmiş ise ve adeten bu süre içerisinde meyve alınamıyor ise, yine müsakat akdi fasit olur ve akid sahiplerinden birinin ötekinden alacak bir şeyi de olmaz.

Eğer müsakat akdinde meyvenin olgunlaşması veya olgunlaşmaması ihtimal dahilinde olan bir süreden söz edilmiş ise, akid sahih olur. Çünkü bu akitten maksadın elde edilemeyeceği kesin olarak bilinmemektedir. Şayet üzerinde ittifak edilen süre içerisinde meyve ortaya çıkacak olursa, akitte ittifak edilen şart gereğince taksim (pay) edilir. Eğer belirtilen vakitte meyve ortaya çıkmazsa, müsakat akdi fasit

1- *Reddu'l-Muhtâr,* V, 201.
2- *el-Bedâyi',* VI, 185 vd; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr,* VIII, 47; *Tebyinu'l-Hakâik,* V, 284.

olur ve âmil kişiye akdin fasit olması sebebiyle ecr-i misil gerekir. Çünkü tayin edilen sürede hata olduğu ortaya çıkmış olur.

Malikîlere göre müsakatın şartlarına gelince; bu şartları daha önce müsakatın neler hakkında yapılabileceği bahsinde ele almış bulunuyoruz. Anlaşıldığına göre Malikîlerce müsakatın icarede olduğu gibi belli bir süre için yapılması şartı vardır.

Cumhura göre: Şafiîler ve onlar gibi Hanbelîlerle Malikîler müsakat için beş rükünden söz ederler. Bu beş rükün akdi yapan iki taraf, çalışmanın üzerinde yapılacağı ağaç, meyve, iş ve ifadelerdir. [1]

a) Akdin tarafları:

Bu akid, kendi adına tasarrufu caiz olan akil ve baliğ kişiler tarafından yapılırsa sahih olur. Çünkü müsakat bir karşılıklı ivaz (bedel) akdi ve mudarebede olduğu gibi mal üzere yapılan bir muameledir. Dolayısıyla bu akitte satışta olduğu gibi ehliyet şartı aranır. Böyle bir akitte küçük, deli ve sefihin adına velisi, onlar üzerindeki velâyet hakkı sebebiyle -maslahat olması halinde- buna ihtiyaç duyulduğundan dolayı işlerini görür.

b) Müsakatın konusu:

Üzerinde müsakat akdinin konu edildiği şeydir. Şafiîlere göre bunlar hurma ve üzümdür. Hanbelîlere göre ise üzerinde çalışacak ve meyvesinin bilinen ve şayi (yaygın, hepsinden seçilerek alınan) bir cüzü karşılığında işlerini görecek kimse tarafından müşahede ile bilinen, dikilmiş, yenecek meyvesi olan ağaçtır. Nitekim bunu, neler hakkında bu akdin yapılabileceği bahsini ele alırken görmüş bulunuyoruz. Müsakat ancak bilinen ağaçlar hakkında caiz olur. Eğer bu ağaçlar bilinmiyor ise akid sahih olmaz.

c) Meyve vermek:

Meyvenin bu akitte akit taraflarına (ağaçların sahibi ile âmile) tahsis edilmesi şartı aranır. Bu meyvenin bir kısmının başkalarına şart koşulması caiz olmaz. Onların bu meyvede ortak olmaları da şarttır. Meyvenin tümünün taraflardan birine şart koşulması caiz değildir. Alınacak payların da bilinmesi şartı vardır. Az olsa dahi bu bilinmelidir. Yani alınacak olan payın müdarebede olduğu gibi müşa (malın her cüzüne yayılmış) olması icabeder.

Şafiîlerin azhar görüşü ile Hanbelîlere göre: Meyvenin ortaya çıkmasından sonra da müsakat akdi sahihtir. Ancak akdin olgunlaşıp olgunlaşmayacağının açıkça ortaya çıkmadan önce yapılması gerekir. Eğer hurma fidanlarını ağaçların aralarında ortak olması şartı ile dikmek üzere anlaşırsa caiz olmaz. Çünkü müsakat akdi,

1 *Muğni'l-Muhtâc,* II, 323-328; *el-Mühezzeb,* I, 390-392; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 523-529; *Gâyetu'l Muntehâ,* II, 183-185; *el-Muğnî,* V, 368, 372 vd., 375, 380.

ancak kökü sabit ağaçlar hakkında varid olmuştur. Diğer taraftan ağaçların dikilmesi müsakat akti ile ilgili işlerden değildir.

Şayet ağaç dikilmiş bulunuyor ise ve ağaçların sahibi (malik), âmile işi karşılığında meyvenin belli bir kısmını şart koşacak olursa; meselâ beş sene gibi çoğunlukla bu meyvenin alınabileceği bir süre tayin etmiş bulunuyorsa akid sahih olur. Sürenin büyük bir çoğunluğunda meyve alınmamasının zararı yoktur. Mesela beş yıl süreyle müsakat yapsa, meyvenin çoğunlukla sadece beşinci senede alınmasının bir zararı yoktur. Eğer bu süre içerisinde ağaç meyve vermeyecek olursa, âmil her hangi bir hak kazanmış olmaz. Meyve vermiş olmakla birlikte daha sonra meyve vermeyen hurma ağaçları hakkında müsakat yapması halinde olduğu gibi.

Eğer ağaçların çoğunlukla meyve vermediği bir süre tayin edilirse müsakat akdi sahih olmaz. Çünkü bu durumda (işin) bir ivazı (karşılığı) yoktur. Bu meyve vermeyen ağaç hakkında müsakat yapmak gibidir. Hanefîlerin dışında kalan cumhurun bu konuda ittifakı vardır.

d) Amel (çalışma):

Çalışmanın sadece âmil tarafından vebizzat yapılması yani gerekli tahliyenin yapılarak ağaçların âmile teslim edilmesi şartı vardır. Böylelikle âmil dilediği zaman çalışabilmek imkânını elde etsin. Eğer malikin (ağaçların sahibinin) âmil ile birlikte çalışması şart koşulsa veya bahçenin, malikin veya her ikisinin birlikte elinde olması şart koşulursa, akid sahih olmaz ve müsakat fasit olur. Âmile insanların alışageldikleri müsakat türünden olmayan işleri şart koşmamak şartı da aranır. Mesela kuyu kazması istenemez. Öyle bir şart koşulacak olursa akid sahih olmaz; çünkü bu belli olmayan bir ivaz (bedel) karşılığında bir isticarı şart koşmakdır.

Şafiîlere göre: Ayrıca bir sene veya daha fazla bir süre ile müddetin tayin edilmesi suretiyle çalışma süresinin bilinmesi de şarttır. Bu sürenin asgarisi ise ağaçların çoğunlukla meyvesinden istifade edilebilecek kadar olması gerekir. Tayin edilmeyen (mutlak) veya ebedî bir süre veya çoğunlukla ağacın meyve vermeyeceği bir süre ile müsakat akdi sahih olmaz. Çünkü Şafiîlere göre müsakat lâzım bir akittir. İcarede olduğu gibi, bunda da müddetin sınırlandırılması istenir. Eğer bu süre içerisinde ağaçlar çoğunlukla meyve vermiyorsa meyve vermeyen ağaç üzerinde müsakat yapmak halinde olduğu gibi ivazsız (karşılıksız) olacağından, sahih olmaz. Daha sahih görülen görüşe göre "meyvelerin yetişmesi" ifadesi ile sürenin tayin edilmesi sahih değildir. Çünkü meyveler kimi zaman erken, kimi zaman geç yetiştiklerinden süre meçhul kalır.

Hanbelîlere göre: Müsakat ve müzâraa akdinde sürenin sınırlanması şartı aranmaz. Çünkü Peygamber (a.s.) Hayberlilere her hangi bir süre tayin etmiş değildir. Ondan sonra gelen halifeleri de aynı yolu izlemişlerdir. Çünkü müsakat ve onun durumunda görülen müzâraa Hanbelîlere göre -açıklamış olduğumuz gibi-

lâzım olmayan, caiz bir akittir. Akdin her bir tarafı ne zaman isterse bu akdi feshedebilir. İbn Kudame ise, müsakatın lâzım bir akid olduğu görüşünü kabul etmiştir. Buna göre ise icarede olduğu gibi, bunun da süresinin takdir edilmesi icap eder. Müddetin en çoğunu takdir yoluna gidilmez; aksine tarafların ittifak edecekleri ve uzasa dahi ağaçların kalabileceği sürenin bir miktarı kadar süre tayini caizdir. Asgari süre ise meyvenin içinde olgunlaşabileceği süredir. Bundan daha azı caiz değildir. Çünkü böyle bir akitten maksat, meyvede ortak olmakdır. Bu süreden daha aşağısında ise meyve ortaya çıkmaz.

e) Siga (akdin yapıldığına dair ifadeler):

Mesela; "Bu hurma ağaçlarının meyvesinin üçte biri veya dörtte biri karşılığında seninle müsakat yapıyorum"; veya "Bakımını yapmak üzere bunları sana teslim ediyorum" veya "Benim hurmalarımda çalış" yahut "Benim bu hurmalarımın bakımını yap ve meyvesinin şu kadarı senin olsun" demek gibi. Şafiîlere göre şayet "icare" lafzı ile müsakat yapacak olursa, -daha sahih olan görüşe göre- sahih değildir. Çünkü icare lafzı bir başka akid hakkında açık bir ifadedir. Hanbelîlere göre ise müsakat, muamele ve muhakale (çiftçilik) lafızları ile sahih olur. İcare lafzı ile de sahih olur. Aynı şekilde müzâraa da onlara göre icare lafzıyla yapılırsa sahihtir. Yani bir araziyi oradan elde edilecek, belli ve şayi (malın hepsine dağılmış olarak bulunan) bir cüz karşılığında icareye vermek sahih olur. Çünkü maksat manadır. Bu manaya delalet edecek hangi lafız ile yapılırsa, satışta olduğu gibi sahih olur. Aynı şekilde karşılıklı alıp-vermne ile de bu sahih olur.

Şafiîlere göre konuşabilen kimsenin lafzan kabul etmesi şartı da aranır. Çünkü bu akid icare ve diğer akidler gibi lâzım bir akittir. Dilsizin, yazmak vb. işareti ile de sahihtir, ancak bu konuda yapılacak işlerin tafsilatına girişilmesine gerek yoktur. Akitte bu tafsilatın ele alınması şart değildir. Her konuda mutlak olarak kullanılmış olan ifadeler, o işte çoğunlukla bilinen örfe havale edilir. Çünkü bu gibi durumlarda baş vurulacak ölçü örftür.

Hanbelîler ise şöyle demektedir: Müsakatın (ve aynı şekilde müzâraanın) lafzen kabule ihtiyacı yoktur. Vekalette olduğu gibi -müzâraa akdinin sigası bahsinde de açıkladığımız üzere- kabul ederek çalışmaya başlamak yeterlidir.

7. Sahih ve Fasit Müsakatın Hükmü

Müsakat, şartları tamamlandığı takdirde sahih olur. Bunlardan her hangi birisi yerine getirilmediği takdirde ise akid fasit olur.

Sahih müsakatın hükmü:

Fakihlere göre sahih müsakatın bir takım hükümleri vardır.

Hanefîlere göre: [1]

1- Ağaçların, üzüm bağının, yoncaların veya patlıcan köklerinin gerektirdiği

1- *el-Bedâyi',* VI, 187.

sulama, su kanallarının ıslahı, aşılamaya dikkat edilmesi gibi bütün müsakat işlerinin âmil tarafından görülmesi gerekir. Çünkü bu işler, üzerinde akid yapılan işe tabi işlerdendir.

Ağaç ve benzerlerinin gerektireceği gübre, arazinin havalandırılması, kesim veya koparma gibi bütün masraflar, akdin taraflarına hisseleri oranındadır. Çünkü akid bunları kapsamaz.

2- Elde edilen mahsul taraflar arasında ittifak edilen şarta göre olmalıdır.

3- Eğer ağaçtan her hangi bir mahsul alınmayacak olursa, birinin ötekinden alacak bir şeyi olmaz.

4- Akit her iki taraf için de lâzımdır. Onlardan her hangi birisi müzâraanın aksine sahibinin rızası olmaksızın akdi uygulamakdan geri duramaz ve feshe kalkışamaz. Çünkü müzâraa akdi Hanefîlere göre tohumu verecek kişi için lâzım bir akid değildir.

5- Arazi sahibi, -özrü olmadıkça- âmili üzerine düşen işi yapması için zorlayabilir.

6- Şarta bir ekleme yapmak veya onu indirmek, müzâraa akdinde kabul edilmiş kaideye uygun olarak caizdir. Söz konusu kaide ise şudur: Yeni bir akid yapılma ihtimali olan her hususta fazlalık ihtimali de vardır, değilse olmaz. Miktarı indirmek ise her iki halde de caizdir. Eğer mesela, hurmada meyvenin "kemik" diye bilinen kısmı ortaya çıkmadıkça, her iki tarafın da artış yapması caizdir. Çünkü böyle bir durumda akdi yapabilmek de caizdir. Eğer meyvenin "kemik" kısmı ortaya çıkmış ise, âmilin arazi sahibinin lehine yapacağı artış caizdir, fakat arazi sahibinin âmilin lehine yapacağı ziyade caiz olmaz. Çünkü âmilin yapacağı artış, ücretinden bir indirimdir ve böyle bir durumda akdin inşa (yeniden yapılması) edilmesi şart değildir. Fakat arazi sahibinin yapacağı artış ise ücrette bir ziyadedir ve böyle bir durumda ziyadeye ihtimal yoktur.

7- Âmil olan kişi, arazi sahibi ona bu konuda yetki vermedikçe başkası ile müsakat yapamaz. Mesela, böyle bir yetki: "Sen bu konuda görüşüne göre çalış" demesi suretiyle olur. Eğer âmil muhalefet ederek ağaçlar üzerinde başkası ile muamele yapacak olursa, o takdirde meyve ağaç sahibinin olur; birinci âmilin alacak bir ücreti olmaz; ikinci âmilin ise birinci âmilden ecr-i misil kadar alacağı olur.

Mâlikîlere göre:

Çoğunlukla Malikîlerin hükümleri Hanefî mezhebinde görülen hükümlere uygundur. Malikîler şöyle demektedirler: [1] Bağlarda bahçelerde çalışmak üç türlüdür:

1- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 279; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 717 vd.; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 244 vd.

1- Meyve ile alâkası olmayan işler. Akit sebebiyle âmilin bu işleri yapması zorunluluğu yoktur ve bu tür işlerin yapılmasını şart koşmak da caiz değildir.

2- Meyve ve alakası olup meyveden sonra devam eden, kuyu kazmak, kanal açmak veya meyvenin konulması için bir yer yapmak yahut ağaç dikmek gibi işler. Bu gibi işleri yapması için de âmil mecbur tutulmaz ve bu işleri yapmasının şart koşulması da caiz değildir.

3- Meyve ile alakası olan fakat ondan sonra kalıcılığı olmayan işler: Bu gibi işleri yapmak akid gereğince âmil üzerinde şarttır. Ağaçların budanması, meyvelerin toplanması ve sulama gibi. Aynı şekilde gerekli araç, işçi çalıştırmak, binmek ve örfen ağaç için yapılması gereken her türlü masraf da âmile aittir. Duvarları sağlamlaştırması ve araziye kadar su kanallarının ıslah edilmesi âmilin üzerinde değildir. Bununla birlikte bu gibi işlerin ona şart koşulması caizdir. Çünkü bu gibi hususlar önemsiz işlerdir.

Âmilin hakkına gelince: O meyvenin üçte biri, yarısı veya başka bir oranını ittifak edecekleri esasa göre almak hakkına sahiptir. Meyvenin tümünün kendisinin olması da caizdir, eğer ağaç meyve vermeyecek olursa, akid taraflarından birisinin ötekinden alacak bir şeyi olmaz. Çünkü meyvenin olup olmaması, akdin fesadı sebebiyle değil, semavî afet sebebiyle olmuştur.

Onlardan her hangi birisinin kendi lehine dinar ve dirhem gibi fazla bazı menfaatler şart koşması caiz değildir.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: Yapılması gereken işlerin tahdidi ve âmilin hakkının belirlenmesi konusunda Malikîler ile ittifak halindedirler. Onlar yapılacak iş ile ilgili olarak şöyle derler: Yapılması her sene tekrarlanan işler âmile aittir, tekrarlanmayan işler ise iş sahibine düşer. [1]

Âmilin meyvenin olgunlaşması ve artması için gerek duyulan işleri yapması görevidir. Her sene yapılması tekrarlanan ve onunla aslı korumak maksadı güdülmeyen işler bu türdendir. Gerekli sulamanın yapılması, kanalın veya kuyunun, yani mecranın çamurunun temizlenmesi ve benzeri işler ile içmek için suyun biriktirildiği ve ağaçlar için açılmış çukurların düzeltilmesi, hurmanın aşılanması, otların, gereksiz diken ve zararlı bitkilerin izale edilmesi, asmalara gerekli çardakların yapılması, meyvenin korunması, koparılması gibi işlerdir. Şafiîlerde daha sahih görülen görüşe göre meyvenin kurutulması da âmilin yapması gereken işler arasındadır; çünkü bu da meyvenin menfaatine olan işlemler arasında yer alır.

Aslın (yani meyvenin aslının, ki o da ağaçtır) kurumasını önlemek ve her sene tekrarlanmayan duvarların yapımı, bahçeye yeni bir kanalın kazılması, kanalın yıkılan taraflarının düzeltilmesi, dolapların ve kapıların tamiri ise örf ile amel edile-

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 328 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 392; *el-Muğnî,* V, 369 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ',* III, 52 vd., 531.

rek mâlike ait kabul edilmiştir. Aynı şekilde haraç arazisinin haracı da mâlike aittir.

Böylelikle Malikîlerle Şafiîlere ve Hanbelîlere göre meyvenin toplanmasının âmile ait olduğu, buna karşılık bu işlerin Hanefîlere göre payları oranında mâlik ve âmile ait olduğu anlaşılmış bulunmakdadır.

Müsakat her iki taraf için de Şafiîler, Hanefîlerle Malikîlere (yani cumhura) göre icare gibi lâzım bir akittir. Hanbelîlere göre ise lâzım değildir. (1) Müzâraa ise Hanefîlere, Malikî ve Hanbelîlere (yani cumhura) göre lâzım olmayan bir akittir.

Müsakat akdinin lâzım olması ve Şafiîlere göre de müzâraanın ona tabi olması dolayısıyla binaen; âmil işini bitirmeden önce kaçacak olsa ve mal sahibi de teberru yoluyla işi tamamlayacak olsa, âmilin -yabancı bir kimsenin teberru olarak borcu ödemesi halinde olduğu gibi,- istihkakı baki kalır. Şayet mâlik teberru olarak işleri yapmayacak olursa, meselenin kendisine götürülmesinden sonra hakim, âmilin hesabına ve âmilin malından işi tamamlayacak bir kimseyi ücretle tutar. Şayet mâlik mesafenin uzaklığı, yahut mâlikin istediğini kabul etmemek gibi bir sebep dolayısıyla hakime başvurmak imkânına sahip olamayacak olursa, mâlik bizzat kendisi çalışarak veya yaptığı iş yahut masrafı âmilden almak istiyor ise yapacağı masraflara şahit tutmalıdır. Çünkü özür esnasında şahit tutmak hüküm gibidir. Şahitler rücu etmenin zorunlu olduğunu da açıkça ifade ederler.

Hanbelîler de şöyle demektedir: Şayet âmil kaçacak olursa mal sahibinin feshetme hakkı vardır. Çünkü müsakat lâzım olmayan caiz bir akittir.

Fasit müsakatın hükmü

Müsakat Şer'an yerine getirilmesi istenen şartlardan birisinin ihlâli ile fasit olur. Meselâ, sıhhat şartlarından bir şart bulunmayacak olursa, akid fasit olur.

Hanefîlere göre: (2) Akdin fasit olduğu en önemli haller aşağıda gösterilmiştir:

1- Elde edilen mahsulün tümünün akid yapanlardan birine şart koşulması. Çünkü böyle bir durumda bu mahsulde ortaklık manası bulunmaktadır.

2- Meyvenin belli bir kısmının -yarım kantar üzüm yahut hurma gibi- akdi yapan taraflardan birisine şart koşulması veya nakdî bir meblağ gibi meyve dışında muayyen bir kısmın şart koşulması. Çünkü müsakat sadece meyvede bir ortaklıktır.

1- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 713; *el-Muğnî,* V, 372, 376; *Keşşâfu'l-Kınâ',* V, 285; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 202-205.

2- *el-Bedâyi',* VI, 186; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr,* VIII, 47 vd; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 285; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 202-205; *el-Lübâb,* II, 234.

3- Malikin çalışmaya katılması şartı. Zira âmil ile ağaçlarda çalışma arasında bir engelin bulunmaması gerekir. Bu akitte âmilin aslî görevi ise ameldir (çalışmakdır).

4- Meyvelerin toplanması veya koparılmasının âmile şart koşulması: Çünkü böyle bir şart onlara göre müsakatın her hangi bir şekilde kapsamına girmez. Diğer taraftan bu konuda insanlar arasında böyle bir uygulama da yoktur. Çünkü aslolan sulama, aşılama ve koruma gibi meyvenin yetişmesinden önceki bütün işlerin âmile ait olduğudur. Bundan sonra yapılması gereken toplama ve koruma gibi işler ise akdin her iki tarafına düşer.

5- Paylaştırmadan sonra taşıma ve korumanın âmile şart koşulması. Çünkü bu, müsakatın işlerinden değildir.

6- Müsakat süresinin bitmesinden sonra menfaati devam edecek bir işin âmil tarafından yapılmasını şart koşmak. Ağaç dikmek, arazinin çapalanması, çardakların dikilmesi ve buna benzer işler gibi. Bunların akdi bozmalarının sebebi ise, akdin bu gibi işlerin yapılmasını gerektirmemesi ve müsakatın işleri arasında bunların yer almamasıdır.

7- Adet bakımından ağaçların meyve vermesinin mümkün olmayacağı müddet üzere ittifak etmek. Çünkü bu âmile zarar verdiği gibi, bu akitten gözetilen maksat da gerçekleştirilemez. Maksat ise elde edilen mahsulde ortaklıktır. Aynı şekilde meyvenin sonu gelmiş ve olgunlaşmış ise yine müsakat fasittir. Çünkü âmil çalışması sonucu hak kazanır. Meyvenin olgunlaşıp yapılacak işlerin bitmesinden sonra bu meyveye, çalışmanın her hangi bir etkisi yoktur.

8- Bir bahçenin iki kişi arasında yarı yarıya ortak olup birinin o bahçeyi ötekine, üçte ikisinin ona, üçte birinin de kendisine ait olması şartında olduğu gibi, ortak olan kişi ile müsakat yapmak. Çünkü müsakatta icare manası vardır. Kişinin ise hem ücretli, hem ortak yani ortağı tarafından ücretle tutulması ile ücretle tutanın ortağı olması caiz değildir. Zira müşterek olan şeylerde çalışmak üzere ortağın ücretle tutulması sahih değildir. Zira, ücretle tutulan işçinin çalışmalarının kiracının katıksız mülkiyetindeki şeylerde olması icap eder.

Şayet çalışacak olursa, ortağından her hangi bir ücret almaya hak kazanmaz ve bu durumda âmil kendisi için çalışmış olur. Böyle bir çalışma halinde müsakatın fasit olacağı hükmü, âmilin lehine çalışması karşılığında her hangi bir ücret tayin etmediği takdirde, iki görüş arasında Hanbelîlerin seçtikleri bir hükümdür.

Şafiîler ise payında ayrı bir fazlalığın şart koşulması halinde böyle bir akdi caiz görürler. Yani Şafiîlerle Hanbelîler bu şekli âmilin işi karşılığında payının artması şartı üzerine ittifak edilmiş olması halinde caiz kabul ederler. [1] Mesela, ağaçlar

1- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 327; *el-Muhallâ ale'l-Minhâc*, III, 63; *eş-Şerhu'l-Kebîr -el-Muğnî ile-* V, 580 *Keşşafu'l-Kınâ'*, III, 533.

ikisi arasında yarı yarıya ortak ise, âmile meyvenin üçte ikisi şart koşulur ki, meyvenin altıda biri onun emeğinin karşılığı olsun. Şayet hak ettiği pay kadarını veya daha aşağısını ona şart koşacak olursa sahih olmaz. Çünkü zaten o kendi payını mülkiyeti sebebiyle hak etmektedir. Aralarında ittifak, ortağın ortağına: "Benim payımda seninle müsakat akdi yapıyorum" demesi veya mutlak olarak, "müsakat yapıyorum" demesi şeklinde olur. Şayet: "Bütün ağaçlar hakkında seninle müsakat yapıyorum" diyecek olursa sahih olmaz.

Hanefîlere göre müsakat akdinin fasit olması aşağıdaki hükümleri doğurur. (1)

1- Âmil çalışmaya mecbur edilmez. Çünkü çalışmaya mecbur tutmak, akdin hükmü gereğince olur, akid de sahih değildir.

2- Ağaçlardan elde edilen bütün ürün, ağaçların sahibine aittir. Âmil ondan bir şey alamaz. Çünkü onun üründe hakkının olması akidte koşulan şart ile olur, bu akid de sahih olmamıştır.

3- Akdin fasit olması halinde Ebu Yusuf'a göre en fazla tesbit edilen miktara kadar ecr-i misil vacip olur ve bu miktarı aşamaz. Muhammed'e göre ise, miktarı ne kadar olursa olsun, eksiksiz olarak ecr-i misilin ona ödenmesi icap eder.

Malikîlere göre: (2) Müsakat akdi fasit olduğu takdirde eğer bu fesat işe başlamadan önce olursa, akid feshedilir. Çalışmadan sonra söz konusu olursa, çalışma esnasında feshedilir ve şayet akdin tarafları müsakattan çıkıp akti, fasit icare veya fasit satış akdine dönüştürecek olursa, ecr-i misil söz konusu olur.Çünkü bu gibi durumlarda âmil, yaptığı işin az veya çok ücretini alır. Ama fesihte ona bir zarar olmaz. *Böyle bir akdin fasit bir icareye dönüşmesinin misali* şudur: Bir kimse fazladan belli bir şeyi şart koşsa veya böyle bir şey bahçe sahibi tarafından çalışana teklif edilse, bu durum söz konusu olur. Çünkü böyle bir halde malik adeta âmili bu fazlalık mukabilinde ve onunla birlikte bahçenin meyvesinden belli bir kısmı karşılığında kendisine iş yapmak üzere ücretle tutmuş gibi olur. Böyle bir icare ise fasittir. Âmile ecr-i mislin geri verilmesini gerektirir ve bu fazlalık da ondan hesap edilir. Âmilin meyveden alacak bir şeyi -işin tamamlanmasından sonra dahi olsa- yoktur. Eğer fazlalık mâlikin lehine âmil tarafından söz konusu edilmişse, bu durumda akdin tarafları müsakat akdin fasit bir akde dönüştürmüş olurlar. Bunun örneği de olgunlaşmasından önce meyvenin satılmasıdır. Çünkü adeta âmil tayin edilmiş kısmı mâlike vereceği fazlalık ve işinin ücreti mukabilinde satın almış gibidir. Bu durumda ona ecr-i misil gerekir, yaptığı ödemeyi de geri alır; meyveden de bir şey alamaz.

Şayet akdin tarafları müsakatın dışında bir akdin hükmüne girmiyor iseler,

1- *el-Bedâyi',* VI, 188.
2- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 280; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 722 vd; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 248.

mesela bu akdin fasit oluşu bir zarar sebebiyle veya söz konusu olan fazlalığın dışında bir şartın bulunmaması sebebiyle yahut bir engelin varlığı sebebiyle yahut değişik bahçeler hakkında müsakat yapmakda olduğu gibi bir garar sebebi ile olursa, bu müsakat *müsakât-ı misil* ile devam eder. Sağlıklı olduğu ortaya çıkan bir kısım meyveler ile durumu açıkça bilinmeyen meyveler üzerinde müsakat yapmak halinde olduğu gibi. Çünkü böyle bir akid (âmil için tayin edilmiş miktar olan) meçhul bir meyvenin meçhul bir şey (amilin çalışması) karşılığında satışı ihtivâ etmektedir. Malikin âmilin yanısıra meyvenin bir kısmı karşılığında veya bedelsiz olarak çalışmasının şart koşulması, diğer taraftan küçük bir bahçede mâlike ait bir aracın veya bir bineğin şart koşulması da böyledir. Çünkü böyle bir durum amil kendisi yeterli olabilir. O takdirde âmil, bütün ameli malike şart koşmuş gibi olur. Ancak büyük bir bahçede malike bineğin şart koşulması caizdir. Bu etraflı açıklamalar, İbnü'l-Kasım tarafından yapılmıştır. İbnü'l-Mâcişûn ise şöyle demektedir: "Müsakat akdinin fasit olduğu bütün türlerde ecr-i misile dönülür, o esas alınır.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [1] Çalışma bittikten sonra, meyvenin malik dışında birisi tarafından hak edilmiş olduğu ortaya çıksa, -üzerinde müsakat yapılan ağacın meyvesini vasiyet etmiş olması yahut ağacın başkasının hakkı olduğunun ortaya çıkması halinde olduğu gibi- âmil kendisi ile müsakat yapan kişiden amelinin ecr-i mislini alır. Çünkü bu durumda o fasit bir ivazı (karşılığı) vaad ederek kendisinin elde edeceği menfaatleri kaybetmesine sebep olmuştur. Bu bakımdan bu menfaatlerin bedelini malikten alır. Müsakat fasit olduğu takdirde, âmil ecr-i mislini hak eder. Akdi yapan taraflardan her birisinin payının bilinmemesi sebebiyle veya meçhul bir payın şart koşulması veya miktarı belli dirhemlerin şart koşulması veya muayyen bir meyve miktarının şart koşulması yahut mâlikin de çalışmasının şart koşulması veya âmilin üzerine müsakat yapılan ağaçların dışında başka şeylerde çalışmasının şart koşulması gibi sebeplerle müsakat fasit olur.

Netice olarak, fakihlerin ittifakı ile çalışmadan önce akdin fasit olduğu bilinecek olursa, fasit müsakât feshedilir. Şayet âmilin çalışmaya başlamasından sonra fesadın farkına varılırsa cumhura göre onun ecr-i misil alması gerekir. Malikîlere göre de akdin tarafları müsakatın dışında bir akdin kapsamına girecek olurlarsa yine âmile ecr-i misil icap eder. Şayet bir başka akdin kapsamına girmeyecek olurlarsa müsakat, benzer bir müsâkat akti karşılığında devam eder.

8. Müsakatın Sona Ermesi

Hanefîlere göre: Müsakat müzâraada olduğu gibi, üç husustan birisi ile sona erer:

a) Üzerinde anlaşılan sürenin sona ermesi,

b) Akid taraflarından birisinin ölümü,

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 326-327, 331; *el-Mühezzeb,* I, 393; *el-Muğnî,* V, 381, 392; *Keşşâfu'l-Kınâ'* III, 502, 532.

c) Akdin ya açıktan açığa karşılıklı anlaşarak veya özürler sebebiyle -icarenin feshinde olduğu gibi- fesh edilmesi. [1]

Amilin hırsızlık yaptığı bilinir ve meyveleri olgunlaşmadan önce çalmasından korkulursa bu durum feshin özürleri arasındadır. Çünkü böyle bir durumda arazi sahibine akdin gerektirmediği bir zarar ulaşmış olur, bundan dolayı da akid fesholur.

Çalışmakdan alıkoyması halinde âmilin hastalanması da özürler arasında yer alır. Çünkü onun böyle bir durumda ücretli kimseler tutmak zorunda bırakılması, ona fazladan bir zarardır. Böyle bir zarara katlanmak zorunda değildir; o bakımdan bu bir özür kabul edilir. Âmilin yolculuğa çıkmasının fesih için bir özür olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda iki rivayet vardır. Sahih olan, âmilin hastalanması halinde olduğu gibi, ikisinin aralarının bulunmasıdır. Eğer bizzat kendisinin çalışması şart koşulmuşsa, yolculuk bir özürdür; akitte öyle bir şart bulunmayıp mutlak bırakılmış ise özür değildir.

Âmilin ölmesi halinde, mirasçılarının meyve olgunlaşıncaya kadar gerekenleri yapmak hakları vardır. İsterse ağaçların sahibi bundan hoşlanmamış olsun. Bununla her iki tarafın menfaati gözetilmiş olur. Şayet mâlik ölür ise, âmil işine olduğu gibi devam eder. Mâlikin mirasçıları bundan hoşlanmasa dahi durum böyledir. Eğer her iki taraf da ölecek olursa, akdin devamı konusunda muhayyerlik âmilin mirasçılarına aittir. Âmilin mirasçıları devam etmeyi kabul etmeyecek olurlarsa, bu takdirde arazi sahibinin mirasçıları kabul edip etmemekte serbest olurlar.

Müsakat müddeti sona erdiği halde meyveler olgunlaşmamış ise müsakat istihsan delili gereği olgunlaşma zamanına kadar kalır ve bu durumda âmil serbest bırakılır. İsterse terkeder, isterse müzâraada olduğu gibi, çalışmasına devam eder; ancak bu çalışması ücretsiz olur. Yani âmilin, malike, meyve olgunlaşıncaya kadar payına düşenin ücretini ödemesi icap etmez. Çünkü ağaçların kiralanması müzâraanın tersine caiz değildir. Müzâraada ise âmilin arazinin ecr-i mislini ödemesi gerekir. Çünkü arazinin kiralanması caizdir. Müsakatta bütün işler âmile ait olur. Müzâraada ise akdin her iki tarafına da aittir. Çünkü müzâraada müddetin sona ermesinden sonra arazinin ecr-i misli icap ettiği takdirde, akdin sona ermesinden önce olduğu şekliyle âmilin üzerinde çalışma hakkı yoktur.

Şayet âmil çalışmak istemeyecek olursa, malik veya onun mirasçıları üç husustan birisini seçmekte serbesttirler: Meyve ya koşulan şarta göre paylaştırılır, ya âmile meyvedeki payının kıymeti ödenir, ya da olgunlaşıncaya kadar meyveye gereken masrafı yapar, ondan sonra âmilin meyvedeki hissesi kadar masrafını alır. Çünkü âmilin başkasına zarar verme hakkı yoktur.

1- *el-Bedâyi'*, VI, 188; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr*, VIII, 48; *Tebyînu'l-Hakâik*, V, 268; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 204; *el-Lübâb*, II, 234.

Ancak Zeylaî şöyle demektedir: "Âmilin masrafı ile müracaat etmesi sadece hissesi kadardır, sözünde izah edilmeyi gerektirecek bir durum vardır. Aksine yaptığı masrafın tümünü rücu edip alması gerekmektedir. Çünkü âmil çalışmak ile hak kazanır ve bütün çalışma ona aittir. Eğer âmil sadece payı kadarı ile rücu edecek olursa, böyle bir rücu âmilin müddetin bir kısmında çalışma olmaksızın bir şey hak etmiş olması sonucunu verir."

Malikîlere göre: [1] Musakat miras alınabilen bir akittir. Âmilin mirasçıları eğer bu konuda güvenilir kimseler değil ise, mâlik, güvenilir çalışacak birisini getirmek hakkına sahiptir. Âmilin mirasçıları eğer onun terekesinden çalışmayı kabul etmeyecek olurlarsa, malikin çalışması icap eder. Şayet âmil hırsız veya zalim, ya da çalışmakdan aciz bir kimse olursa müsakat akdi fesholmaz; âmilin çalışacak kimseyi ücretle tutması, yahut da onun her hangi bir şeyi yok ise meyveden onun payına düşenden ücretle tutması gerekmektedir. Çünkü onlara göre müsakat lâzım bir akittir, ancak gerektirici özürlerle feshedilebilir. Akitten sonra taraflardan birisi üzerinde rıza sağlanmadıkça, ötekinin izni olmaksızın akdi feshedemez.

Şafiîlere göre: [2] Müsakat özür sebebiyle fesholmaz. Mesela âmilin hıyaneti sabit olacak olursa, işi tamamlayıncaya kadar onu kontrol edecek birisi tayin edilir. Çünkü çalışmaya devam etmesi onun bir görevidir. Eğer onu kontrol edecek birisi ile yine hainliği önlenemiyor ise, tümüyle ona el çektirilir. Âmilin malından işi tamamlayacak bir kimse onun namına ücretle tutulur. Çünkü onun, bizzat yapması icap eden işi tamamlamaya imkân kalmamıştır.

Şafiîlere göre sürenin sona ermesiyle müsakat akdi sona erer. Mesela, on yıllık olan süre sona erdiği takdirde, onuncu yılın da meyvesi daha sonra ortaya çıkarsa, âmilin o yılın meyvesinde bir hakkı olmaz. Çünkü akdin sona ermesinden sonra ortaya çıkmış bir meyvedir.

Şayet meyve görünür de, henüz sürenin sona ermesinden önce olgunlaşmamış ise -mesela hurma henüz yeni kabukları arasında tomurcuklanmış ise yahut henüz yeni sararmaya yüz tutmuş ise- âmilin ona hakkı taalluk eder. Çünkü müddetin sona ermesinden önce meyve ortaya çıkmıştır. Bu durumda âmilin de işini tamamlaması gerekir.

Eğer "muayyen ecîr (işçi)"de olduğu gibi müsakat, bizzat âmil için tayin edilerek yapılmışsa, âmilin ölümüyle fesholur. Süre içerisinde malikin ölümüyle ise fesholmaz. Aksine âmil işini tamamlar ve payını alır. Şu kadar var ki, miras bırakan kişi kendisine mirasçı olacak birisi ile müsakat yapsa ve ondan sonra ölse o takdirde müsakat fesholur. Çünkü mirasçı kendi kendisinin yanında işçi olamaz.

Âmil müsakat aktini, zimmetinde bağlayıcı bir akit olarak kabul edecek olsa,

1- *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 247; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 713.
2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 331; *el-Mühezzeb,* I, 391 vd.

sonra da işin bitiminden önce ölse ve tereke bıraksa, mirasçı o terekeden işi tamamlar. Çünkü bu, miras bırakan kişi tarafından yerine getirilmesi gereken bir hakdır. Diğer haklarda olduğu gibi onun terekesinden ödenir. Mirasçı ise bizzat kendisi veya malı ile bu işi tamamlamak hakkına sahiptir; mâlik de eğer mirasçı müsakatın işini bilen ve emin bir kimse ise çalışmasına imkan vermek zorundadır. Aksi takdirde hakim terekeden yeterli şekilde işçi tutar. Şayet âmil geriye bir tereke bırakmayacak olursa, onun namına borç ile bu iş tamamlanmaz. Çünkü ölüm ile artık onun zimmeti ortadan kalkmış bulunmakdadır.

Hanbelîlere göre: [1] Müsakat, müzâraa gibi lâzım olmayan bir akittir. Dolayısıyla bu akdin bütün taraflarının onu feshetmesi de caizdir. Meyvenin görülmesinden sonra müsakat feshedilecek olursa, meyve aralarında taksim edilir. Yani malik ile âmil arasında akitte üzerinde ittifak edilen şarta göre paylaştırılır. Çünkü meyve her ikisinin mülkü üzerinde meydana gelmiştir.

Âmil, meyvenin ortaya çıkması ile meyvedeki hissesine sahip olur. Bununla birlikte müsakatta âmilin işi tamamlaması için ilzam edilmesi, zorlanması söz konusudur. Tıpkı mudaribin mudarebe akdinin feshedilmesi halinde ticaret mallarını satmak konusunda ilzam edilmesinde olduğu gibi.

Âmilin ölümüyle müsakat fesholmaz. Âmil öldüğü takdirde onun mirasçısı hem mülkiyette, hem de amelde yerini tutar. Çünkü bu, miras bırakanın hem lehine, hem aleyhine sabit olmuş bir hakdır. O bakımdan bu hak da mirasçının lehine olur.

Şayet mirasçı bu hakkı almayı ve çalışmayı kabul etmeyecek olursa, mecbur tutulmaz. Hakim ölenin terekesinden işi yapacak birisini ücretle tutar. Terekesi yoksa veya o terekeden ücretle tutma imkanı bulunmazsa âmilin payından işin tamamlanması için gereken miktar satılır ve işi yapacak kimse ücretle tutulur.

Şayet âmil akdi fesheder veya meyvenin baş göstermesinden önce kaçacak olursa ona bir şey yoktur. Çünkü o, hakkının düşürülmesine razı olmuştur. Mudarebe akdinde âmilin kârın ortaya çıkmasından önce akdi feshetmesi ve *ciâle* âmilinin işinin tamamlanmasından sonra akdi feshetmesi halinde olduğu gibi.

Ancak malik meyvenin görünmesinden ve âmilin de işe başlamasından sonra müsakat akdini feshedecek olursa, âmile yaptığının ecr-i mislini -müdarebenin tersine- ödemesi gerekir. Çünkü mudarebede kâr bizzat maldan ortaya çıkmaz, çalışmakdan ortaya çıkar. Onun çalışması ile de her hangi bir kâr meydana gelmiş değildir. Müsakatta meyve ise bizzat ağaçtan ortaya çıkar. Âmil de ağaç için meyvede etkisi olan bir iş yapmıştır. Dolayısıyla feshin sonrasında meyvenin elde edilmesinde ve ortaya çıkmasında onun bir etkisi olmuştur.

1- *el-Muğnî,* V, 372-377; *Keşâfu'l-Kınâ',* III, 528-530.

Âmil ölse, delirse veya sefihliği sebebiyle hacir altına alınsa -Şafiîlerin dediği gibi- müsakat fesholur.

Şayet mâlik ölse veya delirse, yahut da sefihlik sebebiyle hacir altına alınsa - Şafiîler aksine- müsakat akdi fesholur.

Fesholmamakla birlikte özür halinde Hanefîlere göre, eğer âmil güvenilir olmakla birlikte zayıflığı sebebiyle işi tamamlamakdan acze düşerse, ona başkası ilave edilir ve elinden alınmaz. Nitekim Şafiîler de böyle kabul etmiştir. Çünkü çalışmak onun üzerinde bir hakdır. Bu çalışmanın elinde kalmasında da bir zarar yoktur. Şayet tümüyle çalışmakdan acze düşerse, malik onun yerine çalışacak kimse bulur ve her iki durumda da ücret âmilin üzerinedir. Çünkü işi tamamlamak ona aittir.

Hanbelîlere göre eğer tayin edilmiş bir müddet varsa, tayin edilen müddetin geçmesiyle müsakat sona erer. Yani bu konuda diğer mezheplerin kabul ettiği görüşü paylaşırlar. Şu kadar var ki, malik çoğunlukla meyvenin olgunlaşacağı bir süreye kadar müsakat yapar ve o sene meyve alınmayacak olursa -müdarebede olduğu gibi- âmilin alacak bir şeyi yoktur.

MÜĞARESE VE MÜNASABE

1. Tarifi

Kişinin arazisini, ağaç dikmesi için bir kimseye teslim etmesi demektir. (1) Şafiîlerin tarifi de şöyledir: Kişinin, aralarında ortak olmak üzere başkasına kendinden ağaç dikmek üzere araziyi teslim etmesidir. (2) Şam (Suriye)lılar buna *münasabe* veya *müşatara* adını verirler. Çünkü halk, dikilen fidana "nasb" adını verir ki manası *dikilen şey* demektir. Diğer taraftan ürün ikisi arasında her birisine yarısı olmak üzere yarı yarıya paylaşıldığı için de bu manada *müşatara* adı verilmektedir.

2. Hükmü

Fakîhler arasında hükmünde ihtilâf bulunan müğarese, ağaçların malik ile âmil arasında yarı yarıya paylaştırıldığı müğarese şeklidir. Malikîlerin dışında kalan cumhur bunu kabul etmezken, Malikîler bir takım şartlarla caiz kabul etmektedirler.

Hanefîlere göre: (3) Her kim ağacı ve ekini bulunmayan boş bir arazisini ağaç dikmek üzere arazi ve ağaçları -dikecek kişi ile yarı yarıya paylaşmak şartıyla- belli bir süreyle bir kimseye teslim ederse bu, üç sebep dolayısıyla caiz olmaz:

a) Amilin çalışması ile değilortaklıktan önce mevcut olan arazi üzerinde or-

1- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 281.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 324.

3- *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr,* VIII, 49; *Tebyînu'l-Hakaîk,* V, 286; *el-Lübâb,* II, 234; *ed-Dürrü'l Muhtâr ve Reddu'l-Muhtâr,* V, 203 vd.

taklık şartı koşulmuştur. Bu, nehyedilmiş bulunan değirmencinin almayı şart koştuğu muayyen miktardaki un *(kafizu't-tahhân)* [1] manasına gelmektedir. [2] *Hidâye* müellifi bu sebep hakkında şöyle demektedir: "Bu sebeplerin en sahih olanıdır. Çünkü bu durum *-İnaye* sahibinin de dediği gibi- kumaşını bir boyacıyı kendine ait boya ile boyaması için ve boyanan bezin yarısı boyacıya ait olmak üzere, kiralayan kişinin durumuna benzer ve bu da akdi ifsat eder."

b) Malik, arazinin yarısını bütün dikilecek ağaçların karşılığı olarak tayin etmiştir. Elde edilen ürünün yarısını da âmilin işinin karşılığı olarak kabul etmiştir. Bu durumda âmil akid esnasında bulunmayan ve meçhul olan ağaç dikmek mukabilinde arazinin yarısını satın almış olur. Bu durumda akid fasit olur. Bu İbni Abidin'in tercih ettiği görüştür. Çünkü müğaresenin *kafizu't-tahhân* manasında olmasının bir zararı yoktur. Zira müzâraa ve muamele (müsakat) meselelerinin bir çoğunda aynı hüküm caridir. İşte bundan dolayı İmam Ebu Hanife bu iki akdin fasit olduğu görüşünü kabul etmiş, Ebu Yusuf ile Muhammed ise Peygamber (a.s.)'in Hayberlilerle muamelesini delil göstererek, kıyası terketmişlerdir. Bu ise daha yerindedir.

c) Arazi sahibi bir kişiyi ücretlinin aletleri ile arazisini ağaçlandırmak üzere ücretle tutsa ve onun çalışması ile meydana gelecek bahçenin yarısının kendisine ait olmasını şart koşsa, bu da akdi ifsat eder. Çünkü bu, meçhul olan bir ücret mukabili bir kiralamadır ve bir garardır.

Müğarese akdi, fasit olduğu takdirde bütün meyve ve dikilen ağaçlar arazi sahibine ait olur. Ağaçları diken kimse ise ağaçları diktiği günkü dikiminin kıymetini ve yaptığı işte de benzer ücreti hak eder.

Hanefîlere göre müğarese'nin caiz olmasının yolu, çaresi şudur: Malik, arazisinin yarısını dikimin yarısı mukabilinde satar ve arazi sahibi âmili, mesela üç yıl süre ile kendi payında çalışmak üzere az bir ücret karşılığında tutar.

Aynı şekilde Hanefîler *-el-Fetave'l-Hâniye*'de olduğu gibi- müğaresenin arazide değil, sadece ağaç ve meyvede ortaklık esası üzerine yapılmasını da sahih kabul etmişlerdir.

Şafiîlere göre: [3] Müğarese sahih değildir, çünkü ondan elde edilecek ürünün bir kısmı mukabilinde arazide çalışmak caiz değildir. Diğer taraftan ağaç dikmek, müsakat işinin kapsamına girmez. Onun bu akdin kapsamına sokulması böyle bir

---

1- Çünkü bu, âmilin amelinden çıkanın -ki o da bahçenin yarısıdır- karşılığında bir icaredir.

2- Darekutnî, Ebu Saîd el-Hudrî'den şöyle dediğini rivayet etmektedir: *"Erkeğin dişi üzerine çekilmesi ve değirmencinin öğütülen ekinden aldığı un (kafizu't-tahhan) nehyedilmiştir."* Ebu Hanîfe, Şafiî ve Malik bu hadis-i şerifi, ücretin yapılan işten sonra yapılanın bir kısmı olmasının caiz olmadığına delil göstermişlerdir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 292 vd.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 324; *Buceyremî el-Hatib,* III, 167 vd.

akdi ifsat eder. İcare yoluyla maksadın gerçekleştirilmesi imkanı da vardır.

Ağaçlar hakkında müsakata gelince: Bu konuda icare akdine imkân yoktur. İhtiyaç sebebiyle müsakat caiz kabul edilmiştir.

Bu durumda meydana gelen dikmeler, âmile ait olur. Arazi sahibinin ise âmilden ecr-i misil (arazisinin ücreti) almak hakkı olur. Nitekim bir araziyi gelirin bir kısmı mukabilinde eken kimseye sonradan arazinin bir kısmını işlemez hale getirecek olursa, işlemez hale getirdiği o kısmın ücretini ödemesi lâzımdır.

Hanebelîlere göre: [1] Malikin âmile arazi ve ağacın aralarında ortak olması şartı ile arazisini vermesi halinde muamele başka bir görüş söz konusu olmaksızın fasittir. Çünkü asılda (arazi ve ağaçta) ortaklıkları şart koşulmuştur, bundan dolayı fasit olmuştur. Nitekim ona ağaçları ve hurma fidanları, asıl ve meyve aralarında olmak üzere verse veya müzâraa akdinde arazinin ve ekinin aralarında ortaklaşa olması şartını koşsa da durum böyledir, bu durumda âmil için ecr-i misil söz konusudur.

Fakat dikmek ve meyve taşıyıncaya kadar çalışmak üzere bir miktar ağaç üzerinde onunla müsakat etse ve meyvenin belli bir kısmının âmile ait olması şart koşulsa, bu akid sahihtir. Çünkü böyle bir akitte sadece âmilin harcayacağı emek fazlalaşmakda ve alacağı pay azalmakdadır.

Müğaresenin sıhhatini engelleyen cumhurun (üç mezhebin) görüşleri bu şekildedir. Bu görüşleriyle onlar akdi yapanların haklarını korumaya çalışmışlardır. Diğer taraftan ağacın gelişmesini beklemekten doğan bir bilgisizlik söz konusudur ve asılda da bir ortaklık söz konusu edilmektedir. Mudarebe ortaklığındaki sermayede her iki kişinin ortaklığına benzemektedir. Diğer taraftan ağaç dikmek, Sünnet-i Nebeviyyede meşru görülmüş şekle uygun müsakatın işleri arasına girmemektedir. Nitekim müsakat, çoğunlukla meyve taşıma ihtimali bulunmayan ve henüz yaşı küçük ağaçlar hakkında sahih değildir.

Malikîlere göre: [2] Ağaçların yetişmesi için çalışmak, ya icare ile, ya ciâle ile ya da müğarese yoluyla olur. İcare, âmilin malike belli bir ücret karşılığında ağaçları dikmesi demektir; ciâle ise âmilin yetişecek olan ağaçlarda payının olması şartıyla ağaç dikmesidir.

Âmilin ağaçlardan meyve ve araziden pay sahibi olması demek olan müğarese ise şu beş şart ile sahih olur:

1- Âmil arazide ekin, salatalık türü ve baklagiller gibi değil, kökleri sabit ağaçlar dikmelidir.

2- Meyve verme süresi itibariyle ağaçların türleri aynı veya yakın olmalıdır.

1- *el-Muğnî,* V, 380 vd.

2- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 281.

Eğer aralarında açık-seçik farklılık bulunursa caiz olmaz.

3- Bu akid müddetinin birçok yılı kapsamaması gerekir. Şayet meyve vermenin ötesinde bir süre tayin edilecek olursa, caiz olmaz. Eğer bu süre meyve verme müddetinden aşağı olursa caiz olur. Meyve verinceye kadar olması şeklinde tespit edilirse, o takdirde de iki görüş vardır.

4- Âmilin araziden ve ağaçtan pay sahibi olması gerekir. Eğer yalnızca bunlardan birisinde pay sahibi olursa caiz olmaz. Ancak arazinin diğer kısımları istisna edilerek, ağaçların arazide bulundukları yerleri birlikte tayin etmiş olması hali müstesnadır.

5- Müğarese vakıf arazide yapılmamalıdır. Çünkü müğarese satış gibidir.

Dikkat edilecek olursa müğarese, müsakat ve müzâraa akidlerinde Malikîlerce iki şey men edilmiştir:

1- Birisinin kendisi adına -çok az miktarlar müstesna- başkasının olmayan şeyler şart koşması,

2- Selef veya selem denen akitteki gibi peşin verilen bir miktar bedelin şart koşulması.

Müğarese, fasit olduğu takdirde arazi sahibi, âmilin dikme işinin kıymetini ödeyecektir veya onları sökmesini isteyecektir.

Netice olarak müğarese Hanbelîlerin belirttiklerine göre sadece meyveden belli bir kısmın âmile ait olması halinde sahih olur. Ebu Hanife'nin açıklamasına göre ise, eğer âmilin diktiği ağaçlar ile meyveler taraflar arasında ortak olması şartıyla, ağaç dikilmişse yine sahih olur. Hem arazide hem de ağaçlarda ortak olma şartı ile yapılan müğaresenin satış ve icare akidleri vasıtasıyla sahih hale getirilmesine imkân vardır. Mesela, arazi sahibi arazinin yarısını, ağaç dikme mukabilinde satar ve malik, âmil olan kişiyi, meselâ üç yıl gibi bir süre kendi payında çalışmak üzere pek fazla olmayan ücret mukabilinde ücretle tutabilir. Bu şekil Hanefîlerin açıklamalarına göre olur.

Malikîler, müğareseyi bazı şartlarla sahih kabul ederken, Şafiîler de ona ihtiyaç olmadığı gerekçesiyle batıl kabul etmişlerdir.

TAKSİM (PAYLAŞTIRMA)

İki türlü taksim vardır. Birincisi aynların taksimi, ikincisi de menfaatlerin taksimi (muhayee-nöbetleşe yararlanma). Bunların her birisi ortak mallar hakkında söz konusu olmaktadır.

AYNLARIN VEYA RAKABELERİN TAKSİMİ

Buna: *"aynların taksimi"* veya *"zâtların taksimi"* denildiği gibi *"rakabelerin taksimi"* adı da verilir.

1. Taksimin Tarifi

Sözlükte *"taksim"*, payın ayrılması veya dağıtılmasıdır. Şer'an fakihler tarafından yapılmış birbirine yakın tanımları vardır. Hanefîler şöyle demektedir: "Şayi' (malın her cüzüne dağılmış olan bir payı muayyen veya özel bir mekânda toplayıp bir araya getirmek demektir." [1] *Mecelle*'nin 1114 ncü maddesi ise taksimi şöylece tarif etmektedir: "Taksim, şayi' olan bir hisseyi tayin etmektir. Yani zira, ağırlık veya ölçmek gibi her hangi bir ölçü birimi ile hisseleri birbirinden ayırdetmek demektir." Veya, payları birbirinden ayırmaktan ve birini öbürü ile değiştirmekten (mübadele etmekten) ibarettir. çünkü her bir ortağın payı veya mülkü, paylaştırılan şeyin bütün cüzlerini kapsayacak vaziyettedir. Paylaştırma meydana geldiği takdirde, onun payına hem kendisinin mülkü olan bir parça düşmekte hem de pay ettiği arkadaşının mülkünden bir kısım düşmektedir. Çünkü bu mal pay edilmezden evvel her ikisinin de eşit miktarda hakkı olan bir bütün idi. Paylaştırma sonucunda ortaklar arasında her birisi belli bir ivaz (bedel) karşılığında kendine ait yarım hisseden vaz geçerek mübadele gerçekleşmektedir. Söz konusu bu mübadelede ivaz (bedel) ise öbür ortağa ait olan yarım hissedir. [2]

1- *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 264; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 178; *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr*, VIII, 2; *el-Lübâb*, IV, 91.

2- *el-Bedâyi* VII, 17.

Mübadelenin manası (yani hakkının ivazını -karşılığını- almasının manası) karşılıklı rıza ile yapılan paylaştırmada gayet açıktır. Mecburî paylaştırma ise, ortakların hakimden istemeleri dolayısıyla gerçekleşmektedir ki, bu istek onların mübadeleden yana razı oldukları anlamını ihtiva eder. Paylaştırmanın mübadele manasını ihtiva etmesinin sebebi şudur: Onlardan her hangi birisinin eline geçen şeyin bir kısmı kendisine, bir kısmı da öbür arkadaşına ait idi. O arkadaşının payı arasında bulunan hakkının karşılığında bir ivaz (bedel) olarak arkadaşına ait olanı almaktadır. İşte bu bir bakıma mübadele, bir bakıma da ifraz, ayırma demektir. Tartılan ve ölçülen şeylerde arada bir fark olmadığından dolayı zahir olan ifrazdır. Ancak tartılmayan ve ölçülemeyen şeylerde ise, arada farklılık olduğundan dolayı açık olarak görülen mübadeledir. Borçlunun malının satışında olduğu gibi mübadeleye mecbur tutmak da caizdir.

Paylaştırmayı Malikîler de Hanefîlerin tanımına yakın bir şekilde tarif ederek şöyle demişlerdir: Paylaştırma (akar veya başka şeyde) ortak malda her ortağın payının tayin edilmesidir. Bu tayin, kendisi için tayin edilende bir tasarrufun tahsis edilmesi yoluyla olmakla birlikte aynda ortaklık devam etse dahi bu böyledir. Bu tarif onlara göre paylaştırmanın üç türünü de kapsamaktadır. Söz konusu bu üç tür muhayee (menfaat taksimi), murazat (karşılıklı rıza) ile paylaşma ve kur'a yoluyla paylaşma şeklindedir. [1]

Şafiîlerle Hanbelîler en açık tarifi yaparak [2] şöyle demişlerdir: "Taksim, ölçmek veya başka bir yolla payları kısımlara ayırmak suretiyle birbirinden ayırdetmek ve birini ötekinden ifraz etmek demektir."

2. Paylaştırmanın (Taksimin) Meşruluğu

Paylaştırmanın meşruluğu Kur'an ve Sünnette sabit olduğundan dolayı ilim adamları caiz olduğu üzerinde icma etmişlerdir. Kur'an-ı Kerim'de meşruiyyeti yüce Allah'ın şu buyrukları ile sabit olmuştur: *"Ve suyun, aralarında paylaştırılacağını onlara haber ver. Her biri suyu içme sırasında hazır olsun (ve payını alsın."* (Kamer, 28) Bu buyruk, muhayee (nöbetleşme) yolu ile paylaştırmanın caiz olduğunun delilidir. Terekenin paylaştırılması hakkında varit olan: *"Paylaştırma esnasında hısımlar, yetimler, yoksullar da hazır bulunursa, onları da (mirastan bir şeyler vererek) rızıklandırın ve onlara güzel sözler söyleyin."* (Nisâ, 8) buyruğu ile ganimetlerin paylaştırılması ile ilgili olan: *"Şunu da biliniz ki: Ganimet olarak aldığınız her hangi bir şeyin beşte biri Allah'ın resulünün... dür."* (Enfâl, 41) buyruğunda söz konusu edilen ve ganimeti elde edenlerin hakkı olan beşte dörtten ayrılması icap eden bu beşte bir, ancak paylaştırma ile bilinebilir.

Paylaştırmanın meşru olduğunun Sünnetten delili ise Peygamber (a.s.)'in

1- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 359 vd.
2- İbn Kasım, *Bâcûrî Haşiyesi,* II, 351; *el-Muğnî,* IX 114; *Keşşâfu'l-Kınâ,* VI, 364.

Hayber ve Huneyn'de alınan ganimetleri, ganimeti elde edenler arasında paylaştırması ile daha başka zaman ve mekânlarda mirasları paylaştırmasıdır. [1] İşte bunlar paylaştırmanın mübah olduğunun delilleridir.

Her bir ortağın kendi payında bağımsız olarak tasarrufta bulunabilmesi, ortaklığın kötülüklerinden ve tasarruftaki ellerin çokluğundan kurtulabilmesi için insanların paylaştırmaya olan ihtiyacı da bunun mübahlığını ayrıca desteklemektedir. [2]

3. Paylaştırmanın Rüknü, Sebebi ve Lüzumunun Şartı

Paylaştırmanın rüknü: Payları birbirinden ifraz ve ayırt etmenin ancak kendisi ile gerçekleşebileceği ölçmek ve arşınlamak gibi bir fiildir. Paylaştırmanın sebebi ise, ortakların veya onlardan birisinin kendi mülkünden özel olarak tek başına yararlanmayı istemesidir. Ortaklardan birisinin isteği ile lüzumunun şartı ise, paylaştırma ile menfaatin ortadan kalkmamasıdır. Yani o şeyin örf ile bilinen faydasının ortadan kalkmamasıdır. Meselâ duvar, hamam ve küçük ev pay edilmez. [3]

4. Paylaştırmanın Niteliği

Fakihlere göre paylaştırma, "ifrâz veya ayırdetme (temyiz)" ile "satış veya mübadele" nitelikleri arasında değişmektedir.

Hanefîlere göre: [4] Mutlak olarak paylaştırma (misli veya kıymeti itibariyle ölçülebilen) iki nitelik taşır. Bunlar ifraz ve mübadeledir. İfraz, hakkını aynı ile alması, mübadele ise hakkının ivazını (bedelini) almasıdır. Bunun mübadele manasını kapsamasında sebep, her ortağın aldığı şeyin bir kısmının kendisinin, bir kısmının da ortağının olması idi. O kendi hakkı olup ortağının payı arasında kalanın yerine bir ivaz (bedel) almaktadır. Bu durumda paylaştırma bir açıdan mübadele, diğer bir açıdan ise bir ifrazdır.

İfraz: Daha çok misliyatta görülen bir özelliktir. Misliyattan kasıt ise, ölçülüp tartılabilen ve onların hükmünde olan şeylerdir. Bunlar ise zer'iyyat (zira ile yani uzunluk birimi ile ölçülen şeyler) ile ceviz ve yumurta gibi birbirine yakın olan adediyattır. Çünkü bunların parçaları arasında büyük bir farklılık yoktur. O kadar ki, ortaklardan birisi kendi payını arkadaşının hazır olmadığı bir esnada dahi alabilir.

Mübadele ise çoğunlukla misliyattan olmayan, yani hayvan, ev, çeşitli ticaret malları gibi şeylerde görülen bir özelliktir. Çünkü bu gibi şeylerin birimleri arasında farklılık vardır. O kadar ki, ortaklardan her hangi birisi kendi payını ortağının ol-

1- Hadisler için bk. *Nasbu'r-Râye,* IV, 178.
2- *el-Muğnî,* IX, 112.
3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 178.
4- Aynı yer; *el-Lübâb,* IV, 91; *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 2; *el-Bedâyi,* VII, 26.

madığı bir zamanda almak yetkisine sahip değildir. [1]

Şu kadar var ki, ortak olan şeyler tür itibariyle aynı ise zorunlu olarak paylaştırma caiz olur. Yani hakim ortaklardan birisinin isteği ile diğerini paylaştırmaya mecbur eder. Çünkü bu durumda paylaştırmada ifraz manası vardır. Mübadelede zorlamak da sahihtir. Nitekim borçlu kimsenin borcunu ödemek için mülkünü satmak hâlinde ön görülen de budur.

Şayet ortaklık konusu olan şeyler, farklı türlerden ise mecburî paylaştırma caiz olmaz. Adaleti sağlamaya imkân olmadığından dolayı hakim, taraflardan birini paylaştırmaya mecbur tutmaz. O zaman rıza yoluyla paylaştırma caiz olur. Çünkü hak, ortaklara aittir.

Malikîlere göre: [2] Mürazat (karşılıklı rıza) ile paylaştırma, satış gibi kur'asız olarak gerçekleşen paylaştırmadır. Kur'a yoluyla paylaştırma ise, ortaklar arasında müşa hisselerin karışık olarak bulunduğu bir şeydeki hakkı ayırt etmektir, satış değildir. Muhayee (nöbetleşme) yolu ile paylaştırma ise menfaatlerde söz konusu olur; icare gibidir.

Şafiîlere göre: [3] Paylaştırma, payların ifraz edilmesi ve hakların birbirinden ayırt edilmesidir. Ancak paylaştırmada bir red, yani bedel verme (veya paylaştırılanın dışında bir malın reddi) söz konusu ise, o vakit bu bir satıştır. Mesela, ortak arazinin bir tarafında bulunan kuyu veya ağacın paylaştırılmasına imkân yoksa, kur'a yoluyla paylaştırmada, onu alan kişi, kuyunun veya ağacın kıymetinin pay bedelini karşı tarafa öder.

Aynı şekilde kıymet ödemek suretiyle paylar arasında dengeyi sağlamak söz konusu olduğu takdirde de paylaştırma bir satış olur. Meselâ, verim gücü itibariyle veya suya yakınlığı itibariyle parçalarının kıymeti birbirinden farklı arazi bulunursa ve bu arazi onlar arasında yarı yarıya ise ve meselâ, kaliteli olduğundan dolayı arazinin üçte biri üçte ikisine eşit ise, o takdirde üçte bir ayn bir pay, üçte iki de diğer bir pay kabul edilir. Görüldüğü gibi bu görüş mezheplerin bu konudaki görüşleri arasında en hassas olan görüştür.

Hanbelîlere göre: [4] Paylaştırma hakkın ifraz edilmesi veya iki paydan birinin ötekinden ayırt edilmesidir. Paylaştırma bir satış değildir. Çünkü paylaştırmada temlik lafzına ihtiyaç yoktur. Bunda şüf'a da icap etmez; ayrıca paylaştırmada zorlama söz konusu olabilir. Kur'a ile de bağlayıcı olur. Diğer taraftan birinin payı

1- *Mecelle,* 1116 ncı madde bunu ifade ederek: "Paylaştırma bir bakıma ifraz, bir bakıma da mübadeledir..." demektedir. Aynı şekilde 1117 nci madde de: "Misliyatta ifraz yönü daha ağır basmaktadır..." ifadesini kullanırken, 1118 nci madde de: "Kıyemiyyatta mübadele yönü ağır basmaktadır..." demektedir. 1119 ncu madde de misliyyatı ele almaktadır.

2- *eş-Şerhu's-Sağîr,* X, 660,662,664.

3- *Bâcûrî Haşiyesi,* II, 352-354; *el-Mühezzeb,* II, 306.

4- *el-Muğnî,* V, 114, 129; *Keşşâfu'l-Kınâ,* VI, 365.

ötekinin miktarı ile tayin edilir. Satışta ise bütün bunların hiç birisi caiz değildir. Ayrıca paylaştırmanın (taksimin) kendine has ve satıştan ayrı bir adı ve hükümleri vardır. Dolayasıyla diğer akidler gibi bu da bir satış değildir.

Bu konudaki görüş ayrılığının faydası şudur: Paylaştırma bir satış değil ise, tahminî olarak meyvelerin pay edilmesi, ölçülen şeylerin tartılarak, tartılan şeylerin de ölçülerek pay edilmesi caiz olur. Aynı şekilde satışta kabzın (elde etmenin) nazar-ı itibara alındığı hususlarda kabzdan önce ayrılmak da caiz olur. Şayet paylaştırmanın bir satış olduğunu kabul edecek olsak, bütün bu hükümlerin tam aksi söz konusu olur.

Fakat paylaştırmanın bir red, yani bir ivazı (bedeli) reddetmek olarak ortaya çıkması hâlinde, bu redde tekabül eden miktarda bir satış olur. Yani birinin ötekine redettiği ivazla (bedelle) bir satıştır; geri kalan kısmında da bir ifrazdır.

Netice olarak; Hanbelîlere göre paylaştırma red olması hâli müstesna, bir ifrazdır. Eğer red varsa, o redde tekabül eden miktarda bir satıştır.

5. Paylaştırmanın Türleri

Fıkıh mezheplerinde paylaştırmanın çeşitli şekilleri vardır. Çünkü her mezhep paylaştırmaya başka bir açıdan bakmaktadır. Hanefîlerin görüşüne göre [1] paylaştırma, cebren ve rıza yoluyla olmak üzere iki türlüdür.

1- Cebrî (zorunlu) *paylaştırma:* ortaklardan birisinin isteği üzerine hakimin yerine getirdiği paylaştırmadır. Hakim veya onun vekili kur'a ile paylaştıracak olursa, bazı payların belli olmasından sonra ortaklardan her hangi birisi artık kabul etmemezlik edemez. [2]

2- Rıza yolu ile paylaştırma: Ortakların kendi aralarında karşılıklı rıza ile yaptıkları paylaştırmadır. Bu da bir çeşit akid olarak kabul edilir. Onun da rüknü her akitte olduğu gibi icap ve kabuldür. Bu tür paylaştırmanın mahalli (konusu), paylaştırılması üzerinde ittifakın caiz olduğu, arada ortak olarak bulunan ayndır. [3]

Bu türlerin her birisi de iki çeşittir:

a) Tefrik veya fertlere tahsis yoluyla paylaştırma: Her bir ortağa ortak olunan maldan muayyen ve cüz'î bir payı tahsis etmektir. İki veya üç kişi arasında ortak olan büyükçe bir evin paylaştırılmasında olduğu gibi. Bu ortakların her birisine onun yarısı veya üçte biri tahsis edilir. Böyle bir ortaklık, kısımlara ayrılması ortaklara zarar vermeyen ölçülebilen (mekîl), tartılabilen (mevzûn) ve birbirine yakın

1- *el-Bedâyi,* VII, 19-22.
2- *Reddü'l-Muhtâr,* V, 184.
3- *Mecelle* 1121 nci maddede, karşılıklı rıza yolu ile paylaştırma şu şekilde tarif edilmektedir: "Paylaştıranlar arasında müşterek mülkte karşılıklı rıza veya her tarafın hakimin huzurundaki rızası ile cereyan eden paylaştırmadır." 1122 nci maddede mahkeme yolu ile yapılan paylaştırma da şöylece tarif edilmektedir: "Hakimin müşterek olan bir mülkü, lehlerine paylaştırılanlardan birisinin isteği üzere cebren ve hüküm yolu ile paylaştırmasıdır."

lara zarar vermeyen ölçülebilen (mekîl), tartılabilen (mevzûn) ve birbirine yakın özellik gösteren sayılabilir şeylerde söz konusu olur. Paylaştırmanın rıza yoluyla veya cebrî olması arasında da bir fark olmaz.

b) Cem' yolu ile paylaştırma: Bir aynda ortaklığı olan her bir ortağın payının ayrı ayrı bir yere toplanması demektir. [1] Meselâ, iki ortak arasında ortak olunan şeyin pamuk olup bunlardan birisine belli bir miktarı tahsis ederek, geri kalanın da ötekine verilmesi şeklinde, bu tür bir paylaştırma söz konusudur. Bu tür paylaştırma aynı tür şeylerde caiz, farklı iki türde caiz değildir. Böyle bir paylaştırma misliyatta sahihtir. Misliyat ise mekîlat (ölçülebilir şeyler) mevzunat (tartılabilir şeyler) ve çeşitli türleri ile buğdayda olduğu gibi birbirine yakın adet ile tesbit edilen şeyler (el-adediyyâtu'l-mutekaribe)'de da sahihtir. Buğday ile arpa, pamuk ile demir, ceviz ile badem, inci ile yakut gibi ölçü, tartı, uzunluk ölçüsü veya adet ile bilinen farklı türlerden olması halinde ise sahih olmaz.

Böyle bir paylaştırma deve, inek, koyun vb. hayvanlar arasında sahih olur. Yani aynı cins hayvan çerçevesinde sahihtir. Bu durumdaki basit farklılıklar ise yok gibidir.

Ancak böyle bir paylaştırma at ile deve, yahut inek ile koyun arasında sahih olmaz. Çünkü türler arasında farklılık vardır. Ortaklardan birisi böyle bir paylaştırma sonucunda zarar görür.

Ebu Hanife'ye göre birçok ev ile arazi cem' yoluyla paylaştırılmaz. Çünkü zarar söz konusudur. Zira bir ev ile diğer bir ev, ya da bir arazi ile diğer bir arazi arasında aşırı derecede farklılıklar bulunur. Gerek yapılarda, gerekse evlerin bulundukları semtler açısından farklılık vardır. O bakımdan bunlar farklı iki tür hükmünde kabul edilir.

Ebu Yusuf ile Muhammed'e göre ise evlerin ve arazilerin cem' yoluyla paylaştırılması caizdir. Kıymet bakımından aralarındaki farklılık ise ta'dil yolu ile giderilmeye çalışılır. Ev ile arazi yahut da ev ile dükkân, ortak olmaları hâlinde Hanefilerin ittifakı ile cem' yolu ile paylaştırılmazlar. Türlerinin farklılığı dolayısıyla her birisi başlı başına pay edilir.

Malikîlere göre: [2] Rakabelerin yahut aynların paylaştırılması, birisi murazat (karşılıklı rıza) ile diğeri de kur'a yolu ile olmak üzere iki türlüdür.

a) Murazat (karşılıklı rıza) yolu ile paylaştırma: Her bir ortak, ortaklar arasın-

1- *Mecelle*'nin 1115 nci maddesi bu iki tür paylaştırmayı şöylece tarif etmektedir: "Tefrik yolu ile paylaştırma: Bütün kısımlarında ortak olunan bir tek ayn'daki şayi hisselerin pay edilmesidir. Bir arsanın iki kişi arasında paylaştırılması misâlinde olduğu gibi. Cem yolu ile paylaştırmada ise: Bütün kısımlarında müşterek olan ayn'ların birimlerinin her birisinde şayi olan hisseleri bir araya getirmektir. Üç kişi arasında ortak olan otuz koyunu onar onar paylaştırmak gibi."

2- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 662-664; *el-Kavanînü'l-Fıkhıyye,* 284 vd.

da ortak bulunanlardan bir şey alır ve kur'aya gerek olmaksızın ona razı olur. Böyle bir paylaştırma satış gibidir. Ortak olunandan belli bir şeye razı olan kişi, bizzat ona mâlik olur. *İkâle* (karşılıklı anlaşarak yapılan fesh)de olduğu gibi, ancak tarafların rızası ile onu geri çevirebilir. Aralarına kıymet biçecek bir kimseyi sokmadıkları sürece de gabn (aldanma) sebebiyle böyle bir paylaştırmada red (geri çevirmek) söz konusu değildir. Kumaş gibi aynı cins, yahut kumaş ve binek gibi farklı cinslerde bu çeşit paylaştırma sahih olur.

b) Kur'a yoluyla paylaştırma: Ortaklar arasında müşa (hisselerin karışık olarak bulunduğu mal) olan bir hakkın ayırt edilmesidir. Satış değildir. Gabn sebebiyle böyle bir paylaştırmada geri çevirme söz konusudur. Kıymet biçen (mukavvim)'in bulunması kaçınılmazdır. Böyle bir paylaştırmayı istemeyen taraf kabule zorlanamaz. Misil veya türleri bir olanlardan başkasında bu tür paylaştırma olmaz, iki kişinin payını bir araya getirmek de böyle bir paylaştırmada caiz değildir.

Şafiîlere göre: [1] Paylaştırma üç türlüdür. Eğer paylaştırılan şeyde paylar hem şekil, hem kıymet itibariyle eşit olursa birinci türdür. Şayet böyle olmayıp ortaklardan birisine bir şeyler iade etmeye ihtiyaç olmazsa ikinci tür, ihtiyaç olursa üçüncü türdür.

a) İfraz yolu ile paylaştırma (yani cüzlerin veya birbirine benzeyen şeylerin paylaştırılması): Ortaklardan her birisinin hakkını birbirinden ifraz etmek (ayırmak)'tir. Bu, satış değil, hakkın ayırt edilmesidir. Zarar söz konusu olmayan şeylerde olur. Tane, dirhem, yağ, özellikleri birbirine benzeyen evler, parçaları birbirine eşit olan araziler gibi misliyattan olan şeylerde söz konusu olur. Böyle bir paylaştırmada tarafları zorlamak caizdir. Ortağının istemesi sebebiyle diğer ortak paylaştırmayı kabul etmek zorundadır. Çünkü bu paylaştırmada ona gelecek bir zarar söz konusu değildir. Ölçülerek paylaştırılan şeyler ölçü ile, tartılan şeyler de tartı ile, uzunluk ölçüsü ile ölçülen şeyler de uzunluk ölçüsü ile ölçülerek paylaştırılır. Sayılarak paylaştırılan şeyler sayılmak suretiyle paylara -eşit olmaları hâlinde- ayrılır. Bundan sonra ortaklardan her birisinin payının tayin edilmesi için paylar arasında kur'a çekilir.

b) Payların tadili yolu ile paylaştırma: Ortaklar arasında eşitliğin gerçekleştirilmesi için kıymet itibariyle farklı paylar arasında eşitlik sağlamaktır. Meselâ, verim gücü, suya yakınlık veya buna benzer sebeplerle bölümleri arasında, ya da içinde bulunanların türünün farklılığı sebebiyle parçalarının kıymeti birbirinden farklı olan arazide durum böyledir. Bir bahçenin bir kısmının hurma, diğer bir kısmının üzüm olması hâli arazide bulunan türün farklılığının kıymeti etkilemesine bir örnektir. Eğer arazi ortaklar arasında eşit ise ve sözü geçen hususları ihtiva eden arazinin üçte birinin kıymeti geri kalan üçte ikiye eşit ise, üçte biri bir pay, üçte ikisi de ayrı bir pay kabul edilir ve daha önceden de geçtiği gibi ortaklar arasında kur'a çeki-

1- *Bâcûrî Haşiyesi*, II, 352-354; *Buceyrimî el-Hatîb*, IV, 341-344.

lir. Böyle bir paylaştırmada zorlama söz konusudur. Birinci türde olduğu gibi ortaklardan birisinin isteği ile öbür ortak paylaştırmayı kabul etmek zorundadır. Şayet kalitelinin tek başına, öyle olmayanın da tek başına paylaştırılması mümkün ise, böyle bir muadele yoluna gitmek için ortak mecbur edilmez.

Ortaklar kıymetleri bir, sıfatları farklı menkullerde (taşınabilir şeylerde) bu tür bir paylaştırmaya mecbur edilir. Meselâ, aynı türden olan elbiselerde böyle bir şey söz konusudur. Diğer taraftan birbirine bitişik ayrıları veya birbirine benzer olan dükkânların paylaştırılması hususunda da -paylaştırmaya olan ihtiyaç sebebiyle- mecbur edilirler. Fakat, birbirine bitişik olmayan büyük veya küçük dükkânlarda durum böyle değildir. Çünkü yerlerin ve yapıların farklılığı sebebiyle bunlardan gözetilen maksatlar da farklılık arz eder.

c) Red yolu ile paylaştırma: Bu tür paylaştırma, paylaştırılanın aynından ayrı, onun dışında kalan bir malı reddetmeyi gerektirir. Meselâ, ortak arazinin bir tarafında,söz gelimi kuyu veya ağaç bulunur ve bunun paylaştırılmasına imkân olmazsa, kur'a sonucu meydana gelen paylaştırmada bunu alan kişi, kuyunun veya ağaçların kıymetinin payına tekabül eden bedeli karşı tarafa öder. Meselâ, kuyu veya ağacın kıymeti bin lira olur ve pay da yarıyarıya ise öbür ortağına beş yüz lira öder. Böyle bir paylaştırmada zorlama söz konusu değildir.

Birinci tür paylaştırma, hakkın ifrazı olarak kabul edilir, satış değildir. Son iki tür paylaştırma ise satış olarak değerlendirilir.

Böylelikle Şafiîlerde de -diğerlerinde olduğu gibi- paylaştırma, mecburî ve rıza şekilleriyle olmak üzere iki ana türe ayrılır.

Hanbelîlere göre: [1] Paylaştırma iki türlüdür:

a) Karşılıklı rıza (terazî) *yolu ile paylaştırma:* Ancak bütün ortakların rızası ile caiz olur. Bu ise zararın söz konusu olduğu ve birinin ötekine bir ivaz (bedel) verdiği türdendir. Küçük evlerin, küçük hamam ile küçük değirmenlerin, küçük ve dar dükkânların paylaştırılmasında olduğu gibi. Bu tür paylaştırmada zorlama söz konusu değildir. ortaklardan birisi diğeri karşılığında paylaştırmayı isteyecek olursa, öteki ortak bunu kabul etmek için zorlanmaz. Çünkü her bir aynın ayrı bir adı ve ayrı bir şekli vardır. Bu tür paylaştırma Şafiîlerdeki red yolu ile paylaştırmaya benzemektedir. Bunun delili ise Hanbelîlerin şu sözleridir: "Cüzlerle paylaştırılması veyaeşitlik sağlamak yoluyla paylaştırılması mümkün olan her şey, bütün ortakların rızası olmaksızın pay edilmez." Diğer taraftan karşılıklı rıza ile paylaştırmanın hükmü satış gibidir. Yani kıymeti fazla olana sahip olan kişi, ortağının hakkından elde ettiğinin karşılığında bir bedel vermektedir; satış da budur. Satış ise birinin ötekine ivaz (bedel) verdiği kısım hakkında söz konusudur. Geri kalan kısımda paylaştırma ise -Paylaştırmanın Niteliği'nde belirttiğimiz gibi- bir ifrazdır.

1- *Keşşâfu'l-Kınâ,* VI, 364, 369.

Böyle bir paylaştırma satış olduğuna göre, satış hususunda caiz olmayan şeyler de bu tür paylaştırmada caiz olmaz ve bunu kabul etmeyen kimse kabule zorlanamaz. Çünkü İbn Abbas'ın merfu olarak rivayet ettiği: *"Zarar da, zarara zararla karşılıkta bulunmak da yoktur"* (1) hadisi bunu gerektirmektedir.

c) Mecburî paylaştırma: Ortaklara veya birisine zararı dokunmayan, bir ivazın (bedelin) reddedilmesi gerekmeyen geniş ve arada pek farkı bulunmayan bir arazinin, büyükçe bir bahçe ve evin, geniş bir dükkân ve benzerinin -cüzleri eşit olsun olmasın- paylaştırılması gibi.

Eğer beraberinde her hangi bir şey vermeksizin paylar arasında bir tadilât (dengeleme) yolu ile paylaştırılması mümkün olursa yapılır. Eğer payların arasında tadilât, ancak beraberinde bir şey de koymakla mümkün olabiliyorsa, o takdirde zorlama olmaz. Çünkü ayrıca bir şey koyma hâlinde bir muavaza (karşılıklı ivazlaşma) söz konusu olur. Diğerlerinde olduğu gibi, böyle bir işi kabul etmeyen kimse bunu yapmaya mecbur edilmez.

Buna dair bazı örnekler: Zeytin yağı, susam yağı ve bu türden yağlar gibi ölçülebilen veya tartılabilen şeylerin, sütün, pekmezin, sirkenin, hurma, üzüm ve benzerlerinin paylaştırılması ile ölçülen diğer meyve ve taneler... Ortaklardan birisi sözü geçen bu hususlarda paylaştırma talebinde bulunur, öteki ortak da kabul etmezse, kabul etmeyen mecbur edilir. Pay sahibinin velisi olsa dahi hüküm böyledir. Çünkü böyle bir zorlama, ortaklık sebebiyle söz konusu olan zararı kaldırmayı ihtiva eder ve iki ortak için de fayda sağlar. Bu paylaştırma sonucunda her birisi kendi paylarında tasarruf imkânı elde eder.

6. Paylaştırmanın Şartları:

Karşılıklı rıza (terazî) ile paylaştırmada aranan şartlar:

Hanefilere göre: (2)

a) Paylaştırmada bulunanların ehliyeti: Bu, sadece akıldır. Deli ve aklı ermeyen (mümeyyiz olmayan) küçüğün paylaştırması caiz değildir. Çünkü paylaştırma zarar ile menfaatin söz konusu olabildiği ve satış manasının da bulunduğu bir akittir. O bakımdan satış akdinde şart koşulan ne ise bunda da aranır.

Hanefîlere göre bülûğa erme şartı yoktur. Dolayısıyla aklı başında (mümeyyiz) küçüğün velisinin izni ile yapacağı paylaştırma caizdir. Müslüman olmak, erkek olmak, hür olmak da paylaştırmanın caiz olabilmesi için şart değildir. Buna göre zimmînin, kadının, *mükâteb* ve *me'zun* kölenin paylaştırması -satışları caiz olduğundan dolayı- caizdir.

1- Bu hadisi Ahmed, İbn Mace ve Darekutnî rivayet etmiştir. Nevevî: "*Hasen* bir hadistir, birbirini pekiştiren yolları vardır" demiştir.

2- *el-Bedâyi,* VII, 18, 19, 22.

b) Mülk veya velâyet: Bunlar olmaksızın paylaştırma caiz değildir.

Mülk demek, paylaştıran kişinin paylaştırma esnasında paylaştırılan ayna malik olması demektir. Ortaklar karşılıklı rıza ile bu aynı pay ederler. Eğer paylaştırılan şey, pay sahibinin mülkü değil ise, paylaştırma da caiz olmaz. Çünkü paylaştırma, payların ifraz edilmesi ve bir kısmının da mübadele edilmesi demektir. Bütün bu hususlar ise ancak memlûk olan (yani mülkiyet altında olan) bir şeyde sahih olabilir. (1) Buna göre, Hanefîlere göre müşterek alacakların kabzdan önce pay edilmesi sahih değildir. Çünkü alacaklar ancak kabz ile mülkiyet altına alınır. Diğer taraftan alacak yok hükmündedir. Onun varlığı itibarîdir. Paylaştırılan şeyde ise ayn olması şartı aranır. Buna göre yine fuzulînin yaptığı paylaştırmanın sözlü veya fiil ile geçerli kabule ihtiyacı vardır.

Velâyete gelince: Bu paylaştıran kimsenin küçük, deli veya ma'tuh (bunak)'un üzerinde malî velâyete sahip olması suretiyle malî yakınlık velâyeti demektir. Bu gibi kimselerin velisi, baba veya onun vasisi, dede veya onun vasisidir. Böyle bir velâyette kaide şudur: Satış velâyetine sahip olan herkesin paylaştırma velâyeti de vardır, satış velâyeti olmayan kimsenin yoktur. Bu gibi kimselerin satış velâyeti olduğuna göre, paylaştırma velâyetleri de vardır.

Annenin, kardeşin ve amcanın vasîleri ise akar olanları değil menkul olanları paylaştırabilirler. Çünkü bu velilerin akarı değil, menkul olanı satmak velâyetleri vardır.

Ölünün vasisi, vasiyet edilen kimsenin aleyhine paylaştırmada bulunamaz.

Çünkü onun üzerinde velâyeti yoktur. Aynı şekilde mirasçılar da onun aleyhine paylaştırmada bulunamazlar. Çünkü onların da mûsâ leh (vasiyet edilen kimse) üzerinde bir velâyetleri yoktur. Çünkü mûsâ leh mirasçılardan bir kişi gibidir. Aynı şekilde bazı mirasçılar da öbürlerinin aleyhine paylaştırmada bulunamazlar. Çünkü kendi aralarında (birbirlerine) velâyetleri yoktur.

c) Ortaklarının veya vekillerinin hazır olması: Hazır olmayan hakkında paylaştırma sahih olmaz. Birileri hazır değilken diğer ortaklar paylaştıracak olurlarsa, bu paylaştırma nakz edilir (bozulur). Bu hüküm karşılıklı rıza paylaştırmasında söz konusudur. Hakimin paylaştırmasında ise bu paylaştırma geçerlidir ve nakzedilmez.

d) Rıza ehliyetine sahip oldukları takdirde yaptıkları paylaştırmada bizzat ortakların razı olması veya onların yerini tutan kimselerin rızası: Şayet rıza bulunmayacak olursa, paylaştırma sahih olmaz. Mirasçılar arasında vasisi olmayan bir küçük veya gaib bir büyük bulunuyor ve buna rağmen paylaştırma yapılmış ise bu paylaştırma batıldır. Çünkü paylaştırmada açıklamış olduğumuz gibi, satış manası

22- *el-Bedâyi,* VII, 24; *Mecelle,* madde 1123, 1125, 1126.

vardır. Hanefîlere göre karşılıklı rıza ile paylaştırma, satışa çokça benzemektedir. Satış ancak karşılıklı rıza ile sahih olduğu gibi böyle bir paylaştırma da ancak karşılıklı rıza ile sahih olur.

Eğer ortak, rıza ehliyetine sahip olmayan -küçük ve deli gibi- kimselerden ise velisi veya vasisi onun yerini tutar. Küçüğün veya onun durumunda olanın velisi ve vasisi de yok ise durum hakimin emrine bağlı kalır. Hakim tarafından onun aracılığı ile paylaştırma yapılması için bir vasî tayin edilir. [1]

Şafiîlere göre: [2] Bütün çeşitleri ile karşılıklı rızaya dayalı paylaştırmada, ister ayrıca bir şey verilsin, ister verilmesin kur'anın ortaya çıkmasından sonra dahi, ortakların rızası şartı aranır. Şayet mecburî paylaştırmada veya ifraz ile gerçekleştirilen karşılıklı rıza paylaştırmasında bir yanlışlık yapıldığı bir delille tespit edilir yahut paylaştırmada haksızlık yapılırsa, her iki çeşit paylaştırma da nakzedilir, bozulur. Eğer bu paylaştırma, ta'dil veya red yolu ile olmuşsa nakzedilmez; çünkü bu bir satıştır.

Mecburî veya mahkeme yoluyla paylaştırmanın şartları:

Mahkeme yoluyla veya mecburî paylaştırmada aşağıdaki şartlar aranır:

1- Ortaklardan birisinin veya bütün ortakların, ortak olan şeyi paylaştırmayı hakimden istemeleri: Hiç bir talep olmaksızın paylaştırma kesinlikle caiz olmaz. Çünkü bu başkalarının mülkünde bir tasarruftur, bu ise Şer'an yasaktır. [3]

Ortakların birisi paylaştırmayı ister, öbürü istemez ise ortak olan şey eğer paylaştırılabilir şekilde ise, ortaklar arasında mecburî olarak paylaştırılır. [4] Bundan maksat zararı önlemektir, tıpkı şefî'in zararını önlemek için şuf'a yoluyla mülk edinmekte olduğu gibidir.

Eğer paylaştırmak mümkün olmayan bir şey ise, bu durumda ortaklar muhâyee (nöbetleşe) yolu ile sıra ile faydalanırlar.

Netice olarak, istek hâlinde paylaştırmak icap eder. Ancak bu istekte bulunan kişi zarar vermek maksadı ile talep etmiş ise ikinci şartta açıklayacağımız gibi taksim icap etmez.

2- Paylaştırmanın zarar doğurmaması gerekir. Böyle bir paylaştırma (tefrîk) ayırma yolu ile paylaştırma hakkında söz konusudur. Çünkü paylaştırmada eğer bir zarar olacaksa maldan arzulanan menfaat da gerçekleşmemiş olur.

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 180; *Mecelle,* madde 1128.
2- *Buceyrimî el-Hatîb,* IV, 344.
3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 179; *el-Bedâyi,* VII, 18, 22, 28; *Mecelle,* madde 1129, 1130.
4- Paylaştırılabilen (paylaştırılması kabil olan): Paylaştırılmaya elverişli ortak mal demektir. Öyle ki bu malın paylaştırılması ile ondan gözetilen menfaatin elde edilme imkânı ortadan kalkmaz *(Mecelle,* madde 1131).

Bu şart, malın tabiatının bilinmesi hâlinde açıklık kazanır. Böyle bir durumda mal iki türlüdür. [1]

a) Eğer mal, kısımlara ve parçalara bölünmesinde zarar vermeyen türden olup aksine her iki ortağa da menfaati varsa -ölçülen, tartılabilen, birbirine yakın adedîlerde olduğu gibi ise- ayırma yoluyla (kısmet-i tefrîk) mecburî olarak caiz olur. Hakim böyle bir paylaştırmayı kabul etmeyen ortakları tarafların maslahatını gerçekleştirmek için kabul etmeye mecbur eder.

b) Şayet paylaştırmada bir zarar var ise, yani her iki ortağa da zararı dokunuyor ise, ortak olan malda mecburî paylaştırma caiz olmaz. İnci, yakut, bir tek elbise, hayvanların eğer takımları, ok, mushaf-ı kerim, çadır, duvar, hamam, küçük ev, at, deve, koyun, inek gibi şeyler ise, bu durumda her iki ortağa da zarar gelir. Hakimin ise zararı kabul etmeye zorlama yetkisi yoktur. Şayet paylaştırma sadece ortaklardan birisine zararlı oluyor, öbürüne olmuyor ise, iki kişi arasında ortak olup birisinin az, ötekinin çok pay sahibi olduğu arazinin durumunda olduğu gibi, payı daha çok olan talep ettiği takdirde paylaştırma ortaklığı kaldırmak ve zararı önlemek maksadıyla icap eder. Çünkü bu kişi kendi payı ile faydalanmayı isteyebilir; o bakımdan onun isteği kabul edilir. Çünkü hak, başkalarının zarar görmesi sebebiyle batıl olmaz. Şayet az payın sahibi paylaştırma talebinde bulunacak olursa, bu konuda iki görüş vardır.

Hâkim eş-Şehîd'in *el-Kâfî*'deki *Muhtasar*'ındaki görüşü şöyledir: Ortak olan mal paylaştırılır. Çünkü büyük payın sahibinin elinde bir zarar yoktur. Hatta onun menfaati vardır. Az olanın sahibi ise zaten paylaştırmayı istediğinden dolayı zarara razı olmuştur. O bakımdan (razı olmayan) paylaştırmayı kabul etmeye mecbur edilir."

Kudûrî'nin *el-Kitab*'daki görüşüne göre ise paylaştırılmaz. Çünkü az olan payın sahibi, paylaştırmayı istemekle zorluk çıkarmak istemektedir. Çünkü paylaştırmak onun hakkında mutlak bir zarardır. O bakımdan talebine itibar edilmez. Mecburî paylaştırma ise isteksiz olarak meşru kılınmamıştır, daha sahih görüş de budur.

Eğer ortakların her birisinin payı az ise, hakim onların rızaları olmadıkça aralarında pay etmez. Çünkü paylaştırmaya mecbur etmek, menfaatin tamamlanması içindir. İsteksiz olarak mecbur etmekte ise elde edilebilecek menfaat ortadan kaldırılmaktadır. Bu durumda ancak onların rızası ile paylaştırma caizdir. Çünkü hak onlarındır, onlar kendi durumlarını daha iyi bilirler. [2]

Zarar ve mecburî paylaştırma hususunda Şafiîlerin görüşü Hanefîlerin görüşüne yakındır. Şafiîler şöyle demektedir: [3] Paylaştırmasının zararı büyük olduğu

1- *el-Bedâyi*, VII, 19-21; *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 268 vd.
2- *el-Kitâb, -ma'a'l-Lübâb-* IV, 94 vd; *el-Bedâyi*, VII, 28.
3- *Buceyrimî el-Hatîb*, IV, 340 vd.

takdirde, eğer oldukça değerli mücevherat ve elbisede olduğu gibi, halen mevcut olan ve ondan maksat olarak gözetilen menfaati bütünüyle ortadan kalkacak olursa, hakim bunların taksimini yasaklar ve onlar böyle bir maldan sıra (muhayee) ile faydalanırlar.

Şayet menfaati bütünüyle ortadan kalkmıyor ise, kırılan kılıcın menfaatinin azalmasında veya küçük bir hamam ve değirmende olduğu gibi, maksat olan faydaları ortadan kalkıyor ise, hakim ne onların paylaştırmalarını engeller, ne de paylaştırma isteklerini kabul eder. Çünkü böyle bir istek, malın zayi edilmesidir.

Şayet birisinin, meselâ bir evin yahut bir hamamın veya bir arazinin onda biri kadar payı olursa, ötekinin de daha fazlası, yani geri kalan payı bulunuyor ise, iki kişi arasında ortak olan bir malda ötekinin talebi ile az payın sahibi olan paylaştırmayı kabul etmeye mecbur edilir; ancak aksi hâlinde mecbur tutamaz.

Hanbelîler de şöyle demektedir: [1] Eğer paylaştırılması mümkün olan bir mal ise ve paylaştırılmış hâliyle ortakların ondan faydalanmaları mümkün ise, hakim paylaştırmayı kabule zorlar. Yani onlara göre paylaştırmanın sahih olabilmesi için paylaştırmada zararın olmaması şartı aranır. Şayet bir zarar söz konusu ise, bu paylaştırmayı kabul etmeyen kişi buna mecbur tutulmaz. Çünkü Peygamber (a.s.): *"İslâmda zarar da yoktur, zarara zararla karşılık vermek de yoktur"* buyurmuştur.

Şafiî ile Ahmed b. Hanbel'e göre paylaştırmayı engelleyen zarar, paylaştırma sonucu ortaklık durumuna göre, her bir ortağın payının kıymetinin azalmasıdır. Paylaştırılmış hâliyle ondan faydalanmaları ile faydalanamamaları arasında fark yoktur. Çünkü kıymetinin azalmasında bir zarar vardır, zarar ise Şer'an kabul edilmez.

Malikîler de şöyle demektedir: [2] Eğer ortak olan şey arazi ve benzeri şeyler gibi zararsız olarak paylaştırılabilen türden ise, kabul etmeyen kişi paylaştırmayı kabule mecbur edilir. Eğer ortak olan mal dükkan, küçük ev ve kılıç gibi paylaştırılamayan bir şey olursa o takdirde satılır ve onun değeri payları oranında ortaklar arasında dağıtılır. Ortaklardan satışı kabul etmeyen kişi, şu dört şartın bulunması hâlinde satışa mecbur edilir:

a) Satışı isteyen kimsenin, payını, ortağının payından bağımsız olarak satması hâlinde payı eksilecek olmalıdır. Şayet bağımsız olarak satılması hâlinde değerinde bir eksiklik olmayacaksa, satışı kabul etmeyen kimse bunun için satışa mecbur edilmez. Paylaştırılması mümkün, yani mislî olan malda mecbur edilmediği gibi.

b) Satışı kabul etmeyen kimsenin noksanın farkını ortağına vermeyi kabul et-

1- *el-Muğnî*, V, 115 vd.

2- *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 678 vd; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 285.

memesi.

c) Satışı isteyen kimsenin kendi payına ayrı olarak malik olamaması. Eğer payına ayrı olarak malik olabiliyor ve satmak istiyor, arkadaşı da onunla birlikte satış yapmak istemiyorsa, onunla birlikte satış yapmaya mecbur edilmez. Bu durumda iki ortağın miras, satın almak ve başka bir yolla aralarında müşterek olan bir mala malik olmaları hâlinde, satışı kabul etmeyen kimsenin satışa mecbur edilmesi caiz olur.

d) Müşterek olan mal gelirinden faydalanmak yani kira için olmamalı veya ticaret için satın alınmamış olmalıdır. Şayet gelir için, yahut gelir dışında -mutemet olan görüşe göre ticaret için dahi olsa- bir maksatla ondan yararlanmak için satın almış iseler, satışı kabul etmeyen kimse, satışı isteyenle birlikte satmaya mecbur edilemez.

3- Paylaştırmanın adil olması, zalimce olmaması gerekir: Çünkü paylaştırmak bir kısım payların ifrazı (ayrılması) ve bazı kısımların da karşılıklı olarak mübadele edilmesidir. Mübâdelelerin esası ise karşılıklı rızadır. Şayet bu mübadele haksızca yapılacak olursa, karşılıklı rıza söz konusu olmaz. Aynı şekilde her bir payın mükemmel bir şekilde ifrazı (ayrılması) da düşünülemez. Çünkü o payın bir kısmında ortaklık kalmaya devam eder. O bakımdan böyle bir paylaştırma tekrar yeniden yapılır. [1]

Buna göre paylaştırmada bir yanlışlık yahut fahiş bir gabn (aldanma) ortaya çıkacak olursa, paylaştırma batıl olur.

4- Cem' yoluyla paylaştırmakta [2] müşterek olan malın aynı türden olması: Buğday, pamuk, varsa ceviz gibi mislî olması gibi. Şayet buğday-arpa, pamuk-demir, ceviz-badem, inci-yakut ve at ile deve gibi değişik türleriyle olursa paylaştırma caiz olmaz. Çünkü cem' yoluyla paylaştırma, türlerin bir olması hâlinde söz konusu olur ve maksadın gerçekleştirilmesinin de bir yoludur. Bu ise mülkiyetin menfaatlerini tamamlayıcı bir durumdur. Cinslerin farklı olması hâlinde ise menfaatin tamamlanması değil de menfaatin elde edilmemesi söz konusu olur. Aynı şekilde evler, araziler ve bağlar da Ebu Hanîfe'ye göre cem' yoluyla pay edilmez. Çünkü evden eve, araziden araziye büyük ölçüde fark vardır. Bu fark ise ev ve arazilerin yapılarından ve mevkilerinin farklı oluşundan kaynaklanmaktadır. Zira ev ve arazilerde muteber ve maksat manadır. O bakımdan Ebu Hanîfe'ye göre bu gibi şeyler tefrîk (ayırmak) yoluyla paylaştırılır. [3]

1- *el-Bedâyi,* VII, 26; *Mecelle,* madde 1127.

2- *Cem yoluyla paylaştırma,* önceden de açıkladığımız gibi, bir ayn'da ortak olan iki kişiden her birisinin payının ayrı ayrı bir araya toplanmasıdır.

3- *Tefrîk (ayırma) yoluyla paylaştırma* ise, ortak olan malın her bir parçasının ayrı ayrı paylaştırılması ve pay sahiplerinin payının tesbit edilmesidir.

Ebu Yusuf ile Muhammed ise şöyle demektedir: Evler ve benzerleri cem yoluyla pay edilir. Çünkü bunlar şekil ve mesken olma itibariyle aynı türdendirler. Eğer maksatların değişikliği bakımından değişik türde olup aradaki farkı kıymet ile düzeltmeye (tadile) imkân var ise hakim maslahatı gerçekleştirecek yolu araştırır ve tespit eder. Hanefî mezhebi imamları iki evin cem yoluyla pay edileceği üzerinde ittifak etmişlerdir. Bu iki evin bitişik veya ayrı olması arasında da fark gözetmezler [1]

Hanefi mezhebinin ilk devirdeki alimlerinin söylediği budur. Günümüzde ise evler ve meskenler arasında çok büyük farklılıklar bulunmaktadır. O bakımdan bunlar cem yoluyla değil, tefrik (ayırma) yoluyla pay edilirler.

7. Paylaştırma Keyfiyeti

Paylaştırmayı yapacak kişi (kâsim) nin izleyeceği paylaştırma keyfiyeti ve uygulamalarını Hanefîler aşağıdaki şekilde açıklamış bulunuyorlar. [2] Kanaatimce bunlar zamana göre değişiklik gösterebilecek ictihadlarıandır.

1- Paylaştırmayı yapan, yerin plânını (krokisini) tespit edip hakime takdim etmek üzere arazinin alanını ölçer ve her ortağın payının kıymetinin bilinmesini sağlamak üzere de binanın kıymetini tespit eder.

2- Yol ve buna benzer irtifakları ile birlikte ötekinden ayırır. Böylelikle ifraz ve ayırdetmenin tam manasıyla gerçekleşmesini sağlar ve her bir ortağın payının diğer ortağınkinin içerisinde kalmasını önler.

3- Paylar birbirini izleyen rakamlar ile tayin edilir ve her birisi için "sehm=pay" adı verilir.

4- Paylaştırmada bulunacak olanların isimleri ayrı ayrı ve birbirine eşit kâğıt parçaları üzerinde yazılıp bir kap ve buna benzer bir şey içerisine bırakılır. Daha sonra gönüllerin hoş edilmesi ve bir tarafa meyilden ortaklardan birisinin yanında yer almak ithamından uzaklaşılması için aralarında kur'a çekilir. Bu yola baş vurmak menduptur ve müstahsendir. Kur'ada ilk olarak ismi çıkan kişi bir numaralı payı alır, ikinci olarak ismi çıkan kişi iki numaralı payı alır ve bu böylece sürüp gider... Bu durum payların miktarlarının aynı olması hâlinde böyledir.

Şayet, meselâ birisinin üç, birisinin on, bir başkasının beş, ötekinin de tek payı bulunduğu için paylar arasında farklılık bulunur ise, paylaştırmayı yapan (kâsim) on altı pay yapar ve üç kişinin ismini yazar. Evvela on pay sahibinin adı çıkacak olursa ona ilk payı ve o ilk paya bitişik olan diğer dokuz payı verir. Böylelikle onun

1- *el-Bedâyi*, VII, 21 vd.; *Tebyinü'l-Hakâik*, V, 270; *Mecelle*, madde 1132-1142.

2- *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr*, VIII, 14 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 270; *el-Lübâb -ma'a'l-Kitâb-* IV, 10C vd.; *Mecelle*, madde 1151. Ayrıca diğer mezheplerdeki bu tür uygulamalar için bk. *el-Mühezzeb*, II, 304 vd.; *el-Muğnî*, IX, 123; *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 675 vd.

paylarının birbirine bitişik olması sağlanır. Dağıtım bu şekilde tamamlanır.

Hanefîlere göre kur'a menduptur. Şayet paylaştırıcı kur'aya baş vurmaksızın her bir ortağın payını tayin edecek olursa caiz olur. Çünkü paylaştırmayı yapan kişinin yaptığı iş kaza (mahkemenin hükmü) durumundadır. O da her bir ortağın payını kabul etmesini zorlamak yetkisine sahiptir.

5- Paylaştırma aracı: *Mecelle*'nin 1147 nci maddesi bunu hükme bağlamış bulunmaktadır. Orada şöyle denilmektedir: "Ortak olan mal eğer ölçekle ölçülen şeylerden ise ölçülerek, tartılan şeylerden ise tartılarak, sayılan şeylerden ise sayılarak, ziraiyattan (zira yani, uzunluk ölçüsü ile ölçülen şeylerden) ise zira ile paylaştırılır." 1148 nci maddede şöyle denilmektedir: "Arsa ve arazi ziraiyattan olduğundan dolayı zira ile paylaştırılır. Onun üzerinde bulunan ağaçlar ve binalar ise kıymet takdiri ile paylaştırılır."

Paylaştırmanan nakit ile ta'dil edilmesi:

Açıklamış olduğumuz gibi Şafiîlerle Hanbelîler paylaştırmanın mislî olmayan ve ifrazı kabil olmayan -bölümlerinin kıymeti farklı olan arazide olduğu gibimalların paylaştırılmasının kıymet ve nakitler ile tadil edilme yoluna gidilmesini caiz görmüşlerdir. (1)

Hanefîler ise mahkeme yoluyla yapılan paylaştırmada eğer paylaştırma kısmet-i tefrîk ise nakitlerin (dirhem ve dinarların) işin içerisine sokulmasını -ortaklar kendi aralarında razı olmadıkça- caiz kabul etmezler. Çünkü paylaştırma arada ortak olan şeyler hakkında söz konusu olur. Aralarında ortak olan şey ise nakit değil, akardır. İki kişi bir evde ortak olsalar ve bunu paylaştırmak isteseler taraflardan birisinde de fazladan bir yapı var ise onlardan birisi bu yapının bedelinin belli sayıdaki dirhemler olmasını, öteki de bunun bedelinin arazi olmasını istese, bu yapının bedeli araziden verilir ve yapının payına düştüğü kimse fazlalığın yerine öbür ortağına dirhemler ödemekle -karşılıklı rıza olmadıkça- mükellef tutulmaz. Çünkü paylaştırmada mübadele manası vardır. O bakımdan bu paylaştırmaya hakimin -başka bir imkân olmaması hâli müstesna- zorlaması sözkonusu olmaksızın karşılıklı rıza ile dirhemlerin işe katılması caizdir. Eğer nakdi araya sokmaktan başka bir yol yoksa, hakim zaruret sebebiyle para ödetmek yoluyla meseleyi dengelemek, düzeltmek hakkına sahiptir. (2)

8. Paylaştırma Örnekleri

Fakihler paylaştırmanın en önemli durumlarını açıklamış bulunmaktadırlar. Bu da evlerin, arazi ve binaların, ev ile arsanın, ev ile dükkânın, üst ile altın ve yolun paylaştırma keyfiyetidir.

1- *Buceyremî el-Hatîb,* IV, 343, *Keşşâfu'l-Kınâ,* VI, 373.

2- *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 15; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 271; *el-Lübâb,* IV, 101; *el-Bedâyi,* VI 19; *Mecelle,* madde 1149.

Evlerin paylaştırılması:

Hanefîler [1] ortak olan evler iki ayrı beldede bulunuyor ise paylaştırmada bir araya cem edilemeyeceklerini ve her bir beldedeki evin başlı başına paylaştırılacağını ittifakla kabul etmişlerdir.

Şayet ortak olunan evler aynı beldede bulunuyor ise, yine Ebu Hanife'ye göre, her ev ayrı ayrı paylaştırılır. Çünkü evlerin türleri değişiktir. Evlerin bulundukları semtler ve komşuların değişikliği itibariyle maksatlar arasında da fark vardır. Mescide yakınlığı, suya yakınlığı, çarşı pazara yakınlığı da bu tür farklı maksatlara örnektir. O bakımdan paylaştırmada tam bir tadil yoluna gitmeye imkân yoktur. Bundan dolayı evler ayrı ayrı paylaştırılır (kısmeti tefrik) ve paylar -ortakların razı olması hâli müstesna- birbirine eklenmez. Ebu Hanife'nin sahih kabul edilen görüşü budur.

Ebu Yusuf ile Muhammed ise şöyle demektedirler: Böyle bir paylaştırmada (bu da tekâzî paylaştırmasıdır) görüş, hakimin görüşüdür. O daha uygun gördüğü işi yapar. Eğer her bir ortağın payını bir evde toplamayı uygun görmek suretiyle *kısmet-i cem*'in ortaklar için daha elverişli olduğunu görürse, böyle davranır. Şayet her bir evi ayrı ayrı paylaştırmak suretiyle *kısmet-i tefrîk*'in daha uygun olduğunu görürse onu yapar. Çünkü onların görüşüne göre evler, isim ve şekil bakımından ve mesken olarak kullanılmaları kastolduğundan aynı türdürler. Bu bakımdan paylaştırma işinde *kısmet-i cem* ve *kısmet-i tefrîk*'ten hangisinin daha uygun olacağını seçmek için mesele hakime havale edilir ve onun görüşüne bırakılır.

Ebû Hanife ile iki talebesi arasındaki bu görüş ayrılığı, bir tek evin paylaştırılması hakkında da söz konusudur. Ebû Hanife'ye göre, karşılıklı rıza ile olmadıkça *kısmet-i cem* ile paylaştırılmaz. Ebû Yusuf ile Muhammed'e göre paylaştırmanın hangi türünü seçmek gerektiği konusunda maslahatı ve adaleti gerçekleştirmek için durum hâkime bırakılır.

Odaların paylaştırılmasına gelince; Hanefîlerin ittifakı ile ister birbirinden ayrı, ister birbirine bitişik olsunlar, *kısmet-i cem* yolu ile paylaştırılırlar. Çünkü mesken olarak kullanılmaları manası itibariyle birbirlerine yakındırlar. [2]

1- *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr*, VIII, 13; *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 270; *el-Bedâyi*, VII, 22; *el-Lübâb*, IV, 9 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr* ve *Reddü'l-Muhtâr*, V, 184.

2- Hanefî mezhebinin görüşü şu şekilde özetlenebilir: *Dürer*'de şöyle denilmektedir: Burada üç husus vardır: Ev, oda, mesken. Evler ister bitişik, ister dağınık olsun, rıza ile olmadıkça tek bir paylaştırma ile pay edilmezler. Odalar ise mesken olarak kullanılmak açısından biribirlerine yakın olduklarından dolayı mutlak olarak pay edilirler. Meskenler ise eğer bir tek evin içerisinde bir arada ve birbirine bitişik iseler, bir defada, yani cem yolu ile pay edilirler; öyle olmazlarsa edilmezler. Çünkü mesken (menzil), ev (dâr) dan daha küçük ve odadan (beyt) büyüktür. Meskende iki veya üç oda (beyt) bulunur. Beyt ise bir tek çatısı ve dehlizi olandır. Menziller Birbirine bitişik olmaları hâlinde odalara ilhak edilir, ayrı olmaları hâlinde ise evlere (dârlara) ilhak edilir. Sözü geçen bütün bu hususlarda Ebu Yusuf ile Muhammed şöyle demektedir: Hakim bu hususlarda adalete en uygun olan

Şafiîler ise, yapılan birbirinden farklı evlerin mahalle ve yapıların farklılığı sebebiyle, onlardan gözetilecek maksatlar da değişik olacağından, değerine göre *kısmet-i ta'dîl* suretiyle paylaştırılacağı görüşündedirler. [1]

Malikîler de böyle söylemişlerdir: Evler karşılıklı rıza ile veya kıymet farkının tadîl edilmesi şartı ile paylara bölünerek paylaştırılırlar. [2]

Hamam, kuyu, değirmen ve ortak olan duvar ancak ortakların rızası ile paylaştırılır. Bu konuda Hanefîler ittifak etmişlerdir. Böylelikle her bir ortağa gelecek olan zarar önlenmeye çalışılmıştır.

Arazi (arsa) ve bina:

Ortak olan mal, üzerinde bina bulunan bir arazi (arsa) ise bunun paylaştırılması hususunda Hanefîlerde üç ayrı görüş bulunmaktadır: [3]

1- Ebu Hanîfe'ye göre: Arazi, alanı ölçülerek paylaştırılır. Çünkü alan ölçüsü birimi ile ölçülenlerde aslolan budur. Daha sonra yapının payına düştüğü kişi, ya da payı daha değerli olan kişi ötekine eşitlik sağlayacak kadar para öder. Para böyle bir durumda paylaştırmaya zorunlu olarak dahil olur. Çünkü Hanefîlerin kabul ettikleri esasa göre mahkeme yoluyla mecburî paylaştırmalarda para girmemesi gerekir. Burada isekardeşin küçük kardeş üzerindeki velâyetinde olduğu gibi para zaruret sebebiyle girmiştir. Halbuki kardeşin küçük kardeşi üzerinde malî bir velâyeti yoktur. Ancak onu evlendirecek olursa, mehri tayin etmek imkânına sahip olur. Çünkü onu evlendirmek bir zarurettir. Bu görüş Şafiîlerde yukarda geçen red yoluyla taksim etme ile ittifak hâlindedir.

2- Ebu Yusuf'a göre: Arazi (arsa) ve bina, kıymetleri itibariyle paylaştırılır. Çünkü aradaki dengeyi ancak kıymet biçmek ile sağlamak mümkündür. Bu görüş de Şafiîlerin taksimde kıymetine göre eşitlik sağlama hakkındaki görüşlerine uygundur.

3- İmam Muhammed'e göre: Ortakların biri ötekine bina karşılığında ona eşit olacak kadar bir arsayı [4] geri verir. Yine ayrıca ödenmesi gereken bir kıymet kalıyor ve böyle bir tesviye ile bunu gerçekleştirmek mümkün olmuyorsa, meselâ, arsa yapının kıymeti kadar değil ise, o takdirde ortak ötekine fazlalık miktarınca para öder. Çünkü zaruret, miktarınca takdir olunur. Ve burada bu zaruret bu kadardır.

şekli tetkik eder ve bunu uygulamaya koyar. Hanefîlerin mütekaddim olanlarının görüşü budur. Sonrakilerinin görüşü de şöyledir: Her hâlde bu, onların kendi dönemlerindeki durum olmalıdır. Çünkü menzil veya odalar velev ki bir tek evin (dârın) içinde olsun günümüzde büyük farklılıklar arzetmektedir. *Reddü'l-Muhtâr,* V, 184; *el-Lübâb,* IV, 99.

1- *Buceyremî el-Hatîb,* IV, 344.

2- *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 262.

3- *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 15.

4- *Arsa:* Evler arasında bulunan, üzerinde de her hangi bir inşaat olmayan her türlü arazi veya evin önündeki boş alan demektir.

Dolayısıyla aslolan (alanı nazar-ı itibare alarak paylaştırmak) ancak söz konusu zaruret miktarı kadar terk edilir.

Ev ve Day'a (boş arazi)

Day'a, üzerinde bina bulunmayan arazidir.

Hanefîlere göre: Eğer paylaştırılacak olan mal boş arazi ile birlikte bir ev olursa veya ev ile dükkân birlikte bulunursa hakim onların her birisini başlı başına cem yolu ile değil, tefrîk yoluyla paylaştırır. (1)

Üst ve alt (katlar):

Paylaştırılmak istenen malın bir kısmı üstü de bulunmayan alt olursa veya üstü başkasına ait olursa, bir kısmı ise altı bulunmayan bir üst ise -altın başkasına ait olması hâlinde olduğu gibi- bir kısmı da üstü de bulunan bir alt olursa ve bütün bunlar bir evde yahut iki ayrı evde bulunursa, üstün ve altın her birisine ayrı ayrı kıymet biçilir ve hakim vasıtasıyla kıymetlerine göre pay edilirler. Böyle bir durumda başka bir şeye itibar edilemez. Çünkü bunların her birisinin uygun olduğu iş, başkası için uygun olmayabilir. O takdirde bunlar iki ayrı türdenmiş gibi olurlar. Bu durum ise arada adaleti (ta'dili, dengeyi) gerçekleştirebilmek için paylaştırmanın kıymet ile olmasını gerektirir.

Bu, İmam Muhammed'in görüşüdür. Hanefî mezhebinin ileri gelenlerinin seçtiği görüş de budur, fetva da buna göre verilmiştir.

Şeyhayn (Ebu Hanîfe ve Ebu Yusuf) ise şöyle demektedir: Bu gibi yerler alan ölçüsüne göre taksim edilir. Çünkü alttaki yapı da, üstteki de alan ile ölçülen türdendirler. Daha sonra bu paylaştırmanın keyfiyeti konusunda Ebu Hanîfe ile Ebu Yusuf arasında ihtilâf sözkonusu olmaktadır. Ebu Hanife der ki: "Altın bir birimi, üstün iki birimine eşittir." Ebu Yusuf ise: "Bire birdir" demektedir. Daha sonra da, hem altın, hem de üstün birim değerleri o dönem insanlarının adetlerine göre tayin edilir, denilmiştir. (2)

Hanbelîlere göre: (3) İki ortak arasında altı ve üstü bulunan bir ev bulunsa ve ortaklardan birisi bunun pay edilmesini istese, üst birisinin, alt da ötekinin olur ve zorlama söz konusu olmaz. Yahut ortaklardan birisi üstün değil de altın paylaştırılmasını veya aksini isteyecek olursa yine zorlama söz konusu olmaz. Çünkü alt ve üstün her birisi başlı başına bir meskendir. Diğer taraftan ortakların birisi paylaştırma sebebiyle zarar görebilir.

1- *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 17; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 270; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 184; *el Lübâb,* IV, 99; *el-Bedâyi,* VII, 22; *Mecelle,* madde 1148.

2- *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 17; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 272; *el-Lübâb,* IV, 102; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 185.

3- *Keşşâfu'l-Kınâ,* VI, 267.

Onlardan birisi, üstün de altın da ayrı ayrı paylaştırılmasını isteyecek olursa yine zarar söz konusu olacağından zorlama yoktur.

Onlardan birisi altın da üstün de paylaştırılmasını ister ve zarar veya ivaz (bedel) da söz konusu değilse paylaştırılmanın kabul edilmesi icap eder; kabul etmeyen mecbur tutulur ve kıymet esasına göre eşit bir şekilde taksim yoluna gidilir. Çünkü ihtiyata daha uygun olan budur. Yani hüküm Hanefî mezhebinde fetvaya esas alınan görüşde olduğu gibidir.

Alttakinin bir birimi, üstün iki birimi gibi veya bunun aksi kabul edilmeyeceği gibi, bire bir de kabul edilmez. Ortakların böyle bir paylaştırmadan razı olmaları hâli bundan müstesnadır.

Yolun paylaştırılması:

Yolun paylaştırılmasında birçok problemler ortaya çıkabilir. Bunların bir kısmı şöyledir:

1- Yol ve buna benzer irtifakların (altyapıların) durumu:

Paylaştırmayı yapan (kâsim), iki ortak arasındaki bir evi paylaştırsa ve onlardan birisinin ötekinin mülkünde bir su gideri yahut yolu veya buna benzer bir şeyi bulunsa, paylaştırmadaki irtifak üzerinde de ittifak etmeyecek olurlarsa: [1]

a) Eğer yolu veya su giderini ortağının payına düşen yerden başkasına vermek imkânı varsa, yani başka her hangi bir yolla ortağının kısmına ihtiyaç duymamak mümkün ise, yolun ve giderin değiştirilmesi icap eder. Bundan sonra öbür ortağın payından yol olarak bir yeri kullanması veya giderini oraya akıtması hakkı yoktur. Çünkü zarar olmaksızın paylaştırmanın gerçekleştirilmesi mümkün olmuştur.

b) Şayet başka yere çevrilmesine imkân olmazsa, bu paylaştırma feshedilir. Çünkü böyle bir paylaştırmada halel vardır. Zira hisseler arasında yine karışıklık devam etmektedir. Paylaştırma yeniden yapılır.

2- Yolun iptal edilmesi konusunda ortaklar arasında görüş ayrılığı:

Ortaklar, ortak olarak kullandıkları yolu kaldırmak konusunda anlaşamaz iseler hakim durumu tetkik eder.

a) Eğer her birisinin kendi payında ayrı bir yol açılması uygun ise, hakim aralarında ortak bir yol söz konusu olmaksızın paylaştırmayı yapar. Hem menfaati tamamlamak, hem de her açıdan ayrımı gerçekleştirmek için de o yolu iptal eder.

b) Her birisine ayrı ayrı yol açmak uygun değil ise yolun dışındaki hususlarda menfaatin tamamlanmasının gerçekleşmesi için aralarında ortak bir yol açar. [1]

1- *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 271 vd.; *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 15 vd.; *el-Lübâb,* IV, 102; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 185; *Mecelle,* madde 1143, 1144, 1167.

açar. [1]

3- Yolun miktarı hususunda ortakların ayrılığı:

Yolun eninin miktarı konusunda ortaklar arasında görüş ayrılığı çıkarsa;

a) Yol evin ise, yolun eni evin kapısının eni ve yüksekliği miktarınca tayin edilir. Böylece onların her birisi, yol kapının üstünden geçiyor ise bir kanat veya bir balkon yapmak imkânını elde eder. Daha aşağısından geçiyor ise böyle bir şey söz konusu değildir. Çünkü bu kadarlık bir miktar eve girmek ve gidip gelmek için yeterlidir.

b) Araziye giden yol ise, gidip gelmeye ve bir hayvanın geçebileceği kadar bir miktar bırakılır. [2]

4- Yolun hisselere tabi olması:

Yoldaki hak, paylaştırılmadan önceki durumda olduğu gibi bölüşenlerin payları oranındadır. Çünkü paylaştırma yolun dışında olmuştur. Dolayısıyla yol paylaştırılmadan önce olduğu gibi ortak kalmaya devam etmektedir. [3]

5- Yolun payı miktarındaki farklılık:

Ortakların yoldaki paylarının farklı olması esası üzerine ortakların anlaşmaları caizdir. Velev ki onların payları evde yahut da arazide birbirine eşit olsun. Böyle bir ittifak -meselâ- yoldaki oranın üçte birlere göre taksim edilmesi şeklinde olmakla birlikte ev ve benzerinde yarı yarıya da olabilir. Çünkü *ribevî* malların dışında kalan mallarda karşılıklı rıza ile olması hâlinde paylaştırmada farklılık ve üstünlük caizdir. [4]

9. Kâsim (Paylaştırıcı)

Kâsimin (Paylaştıranın) tayini:

Kâsim, paylaştırma işini yapan kimsedir. Bazan ortaklar karşılıklı rıza ile paylaştırma işini bizzat kendileri üstlenirler. Ancak aralarında küçük bir kimse var ise o takdirde hakimin emrine gerek vardır. Çünkü onların küçük üzerinde bir velâyetleri yoktur. Kimi zaman kendileri yerine vekil de tayin edebilirler. Çoğunlukla görülen budur. Hakim de bu vekili tayin edebilir. İmamın (İslâm devlet başkanının) veya hakimin daimî bir kâsim tayin etmesi ve bunun maaşının beytülmalden ödenmesi menduptur. Böylelikle o, kimseden ücret almaksızın paylaştırmayı yapmış olur. Daha güzel ve daha evlâ olan da budur. Çünkü böyle bir durum, insanlar için daha uygun ve ithamdan daha uzak tutucudur. Çünkü paylaştırmak, yargı işi türünden-

1- *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr*, VIII, 16; *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 272.
2- Aynı yerler; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 185; *el-Bedâyi*, VII, 29.
3- Aynı yerler.
4- Aynı yerler.

dir. Ve bununla aradaki anlaşmazlıklar giderilir, münazaalara son verilir. Faydası da bütün insanlaradır. Böylelikle onlara sağladığı fayda karşılığında onun ihtiyaçları da insanların mallarından sağlanır, "el-ğunmu bi'l-ğurmi" kaidesine uyulur.

Eğer sürekli bir kâsim tayin edilmeyecek olursa, hakim bölüşenler tarafından ödenmek üzere ecr-i misil ile paylaştırmayı yapacak bir kâsim tayin eder. Çünkü bunun faydası özel olarak onlara aittir. Ücretinin ecr-i misil kadar olması ise, misilden daha fazlasını isteyerek tahakküm etmeye kalkışmasını önlemek içindir. Diğer taraftan hakim, insanları tek bir kâsimi kabul etmeye de mecbur etmez. Çünkü bu kâsim muayyen bir kişi olursa aynı şekilde ecr-i mislinden fazlasını isteyerek onlara tahakküm yoluna gidebilir. Hakim, kâsimlerin ortak olmalarına (meselâ, bir paylaştırma şirketi kurmalarına) müsaade etmez, böylelikle bu konuda alacakları ücreti yükseltmek için aralarında anlaşmalarının önüne geçer. Çünkü anlaşacak olurlarsa insanlar bundan zarar göreceklerdir. [1] Şayet hakimin kontrolünde olmak üzere günümüzde olduğu şekilde bir odaları (veya dernekleri) olursa caizdir. Çünkü hakim böyle bir düzenlemeyi uygun görmekle birlikte fiyatların yükseltilmesini de engeller.

Kâsimde aranan şartlar:

Hanefîlere göre: Kâsimde, müstehap ve mendup olmak üzere aşağıdaki şartların bulunması gerekir: [2]

1- Kâsim âdil, güvenilir ve paylaştırma işini bilen bir kişi olmalıdır. Çünkü adaletli olmayıp hain ve paylaştırma işlerini bilmeyen bir cahil olursa, paylaştırmada haksızlık yapacağından korkulur; haksızlık ise caiz değildir.

2- Hakim tarafından tayin edilmiş olmalıdır. Çünkü böyle olmayan kimsenin paylaştırması küçük yaşta ve gaib olan (hazır olmayan) hakkında geçerli değildir. Diğer taraftan böyle bir durum güvenilir olmanın şartlarını daha bir kapsayıcıdır.

3- Paylar arasında dengeyi sağlamak ve eşitliği gerçekleştirmek için her hangi bir payın kusurlu olmaması maksadıyla mümkün olduğu kadar hassasiyet göstermelidir.

Kasimin ayrıca ortaklar arasında yol, su gideri ve şirb (sulama hakkı) gibi paylaştırılmadık hiçbir hak -mümkün olmayanlar müstesnâ- bırakmamalıdır.

Kâsim, aynı zamanda ortaklardan birisinin payının öbürününkine -eklemeyi kabul etmiş olmaları hâli müstesna- ekleme yoluna gitmemelidir. Çünkü o takdirde ikinci bir paylaştırmaya ihtiyaç duyulacaktır.

1- *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 5; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 179; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 265; *el-Lübâb,* IV, 91 vd.

2- Aynı yerler; *el-Bedâyi,* VII, 19, 26.

4- Paylaştırma işini bitirdikten sonra gönülleri hoş etmek ve bu konuda sünnetin bulunması sebebiyle [1] ortaklar arasında kur'a çekmelidir. Çünkü kur'a bu konudaki ithamı da ortadan kaldırır.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: Hakim tarafından tayin edilen kâsimde yedi şart ön görmüşlerdir: [2]

Müslüman olmak, baliğ olmak, hür olmak, erkek olmak, âdil olmak, mesaha (alan) bilgisini bilmek, hesabı bilmek. Çünkü bu iki bilgi, paylaştırmanın aleti durumundadır. Şafiîler ayrıca işitmesini, görmesini, konuşmasını ve iyi anlayış ve kavrayış sahibi olmasını da şart koşmuşlardır. Çünkü bunların olması kaçınılmazdır.

Şayet kâsim kâfir, fâsık veya paylaştırmayı bilmeyen cahil bir kimse ise -kendiliklerinden paylaştırma yaptıkları hâlde olduğu gibi- ancak ortakların razı olması ile paylaştırma bağlayıcı olur.

Bu durum, kâsimin hakim tarafından tayin edilmiş olması halinde böyledir. Eğer ortaklar kendi aralarında paylaştırmayı yapacak kimseyi rıza ile tespit ederlerse sözü geçen bu şartlar arasında -teklif müstesna- hiç birisi şart konulmaz. Çünkü kâsim onların vekilidir.

Kâsimin birden fazla olması:

Paylaştırmanın bir veya daha fazla kâsim aracılığı ile gerçekleştirilmesi sahih olur. Malikîler: "Kur'a ile yapılacak paylaştırmada tek bir kâsim yeterlidir. Çünkü onun görevi kur'anın sonucunu haber vermekten ibarettir. Bu açıdan kâsim, doktor ve müftüye benzer" derler.

Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere göre, eğer paylaştırma işinde ayrıca takvîm (kıymet biçme) yoksa tek bir kâsim ile yetinilir. Çünkü bu durumda kâsim paylaştırmasında verdiği hükümde hakime benzer.

Şayet paylaştırmada bir takvîm yani ortak malların kıymetinin takdiri söz konusu ise bu fakihlere göre kâsimin birden çok olması lâzımdır. İki kişiden daha azı caiz olmaz. Çünkü takvîm, kıymeti belirtmek konusunda bir şahitliktir. Şahitlikte ise en az iki kişi lâzımdır. [3]

Kâsimin ücreti:

Kâsim, eğer hakim tarafından tayin edilmiş ise, şartlar uygun olduğu takdirde

---

1- Ahmed, Buharî ve Müslim, Aişe'den şunu rivayet etmektedirler: *"Peygamber (a.s.) bir sefere çıkmak istediğinde hanımları arasında kur'a çeker, kimin adı çıkarsa onunla birlikte sefere çıkardı." Neylü'l-Evtâr,* VI, 217.

2- *Buceyremî el-Hatîb,* IV, 338 vd.; *Bâcûrî Haşiyesi, II, 351; Keşşâfu'l-Kınâ,* VI, 372; *el-Muğnî,* IX 126.

3- *eş-Şerhü'l-Kebîr,* III, 500; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 665; *Buceyremî el-Hatîb,* IV, 339; *Keşşâfu'l Kınâ,* VI, 373 vd.

ücret veya maaşının müslümanların beytülmalinden verileceği konusunda fakihlerin ittifakı vardır. Çünkü paylaştırma hakimin işlerinden birisidir ve bunun menfaati, önceden de açıklamış olduğumuz gibi, bütün insanları kapsar.

Şayet kâsim, ücret karşılığında ortakların seçimi ile tayin edilmiş ise bu ücreti ödemek ortaklara aittir.

Ebu Hanife ve Malik'e göre kâsimin ücreti sayıya göre, yani şahıs (ortaklar) sayısına göre dağıtılır. Çünkü ücret, yapılan işe göre verilir, yapılan iş de hisseleri birbirinden ayırdetmektir, ayırdetmek ise tek bir iştir. Çünkü çok olanı azdan ayırmakla, azı çoktan ayırmak arasında hiçbir fark yoktur. Yapılan iş farklılık göstermediği takdirde ücrette de bir farklılık olmaz.

Sahibeyn (Ebu Yusuf ile Muhammed), Şafiîler ve Hanbelîler de şöyle demektedir: Ücret hisseler kadar, yani paylar oranında tevzi edilir. Çünkü fazla olan pay için yapılan iş, az olan pay için yapılandan daha çoktur. Ve çünkü ücret, sahip olunan şeyin gerek duyduğu masrafa benzer. Dolayısıyla bu ücret mala göre takdir edilir. Diğer taraftan ölçekle ölçen ve ağırlık ile tartan kişinin ücretinin icma ile paylara göre olacağının kabul edilmesi bu görüşü desteklemektedir. Ayrıca çobanın, yükü muhafaza etmenin ve benzeri ücret gibi sair masraflarda da durum böyledir. [1]

Benim kanaatime göre evlâ ve daha sahih olan da budur; çünkü bu görüş günümüzde daha adaletlidir ve insanlar için daha uygundur.

10. Paylaştırmaya Dair Hükümler

Aynların paylaştırılmasına dair genel bir takım hükümler vardır. En önemlileri aşağıda gösterilmiştir:

Paylaştırmanın lüzumu:

Paylaştırma fakihlerin ittifakı ile [2] lâzım akidlerdendir. Bunun nakzedilmesi, bozulması caiz olmadığı gibi, paylaştırmanın nakzedilmesi hükmünde açıklayacağımız gibi, istisnai haller dışında ondan dönmek de caiz değildir. Şu kadar var ki, bu lüzum ilkesi ile ilgili olarak bazı mezheplerin farklı açıklamaları bulunmaktadır:

Hanefîlere göre: [3] Karşılıklı rıza ile paylaştırma (terazî taksimi) ve hakimin hükmü ile paylaştırma (tekazî taksimi) tamamlandıktan sonra lâzım (bağlayıcı) olur. Tamamlandıktan sonra artık bu paylaştırmadan dönmek caiz olmaz.

1- *el-Bedâyi,* VII, 19; *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 5; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 265; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 179 vd.; *el-Lübâb,* IV, 92; *eş-Şerhü'l-Kebîr* III, 500; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 286; *Bucetremî el-Hatîb,* IV, 340; *Keşşâfu'l-Kınâ,* VI, 372; *el-Muğnî,* IX, 126.

2- *el-Bedayi,* VII, 28; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 309; *el-Mühezzeb,* II, 309; *el-Muğnî,* IX, 125; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 676; *Reddu'l-Muhtar,* V, 184; *Mecelle,* madde 1157.

3- *el-Bedâyi,* VII, 28; *Reddu'l-Muhâr,* V, 184; *Mecelle,* madde 1158.

Paylaştırmanın tamamlanmasından önce ise hakimin hükmü ile paylaştırma aynı şekilde bağlayıcı (lâzım)'dır. Hakim bir topluluk arasında ortak olan malı paylaştıracak ve bütün paylar kur'a ile çıkacak olursa, artık ortakların bu paylaştırmadan dönmeleri, caiz olmaz. Aynı şekilde bir kısım paylar ortaya çıkıp belli olmuş bir kısmı olmamışsa, yani paylaştırma henüz tamamlanmamış ise yine dönmeye imkân yoktur.

Karşılıklı rıza (terazî) yolu ile paylaştırmada ise tamamlanmasından önce ortakların bundan dönmeleri caizdir. Çünkü karşılıklı rıza ile paylaştırma, ancak -meselâ satış akdi gibi, her akid durumunda olduğu üzere- bütün payların ortaya çıkışından sonra tamamlanır. Bu gibi akidlerde ise tamamlanmadan önce dönmek caizdir.

Şu kadar var ki, biri müstesna bütün paylar belli olduktan sonra hakimin hükmü ile yapılan paylaştırmada rücu caiz değildir. Çünkü geriye kalan payın, ortaklardan kime ait olduğu yahut da o kişinin payı kendiliğinden ortaya çıkmış olur.

Malikîlere göre: Bunlar paylaştırmanın lüzumu konusunda mutlak bir ifade kullanarak şöyle derler: Paylaştırma ile belli olan payları kabul etmek lâzımdır. Hiç kimse bunu nakzedemez. Aynı şekilde karşılıklı rızaya dayanan paylaştırmada ortağın bunu kabul etmesi lâzımdır. Feshetmek isteyen kimse bunu feshedemez [1]

Şafiîlere göre: [2] Cebrî paylaştırma, rıza olmaksızın da ilzâm edici (bağlayıcı)'dir Bilindiği gibi ifraz ve tadil yoluyla paylaştırmada cebir (zorlama) söz konusudur. Karşılıklı rıza yoluyla yapılan paylaştırma ise tek başına bir red taksîmi (paylaştırılamayan bir cüzün kıymetini diğer tarafa vererek onu almak şeklinde yapılan bölüşme olur.) Onlara göre daha da tercihe şayan olan görüş kur'anın çıkışından sonra razı olmanın zarurî olduğudur. Bununla birlikte kâsimin hükmü, ancak ortakların rızası ile bağlayıcı olur. Çünkü baştan beri paylaştırmaya razı olmak dikkate alındığından, kur'anın çıkışından sonra da göz önünde bulundurulur, yani muteber kabul edilir.

Hanbelîlere göre: [3] Mecburî paylaştırma bağlayıcıdır. Bu bakımdan onlar Şafiîlerin görüşünü paylaşırlar. Aynı şekilde karşılıklı rızaya dayalı paylaştırmada da Şafiîlerde olduğu gibi iki görüş vardır. Şu kadar var ki Hanbelîlerde daha tercihe şayan görüş; eğer paylar kur'a ile ortaya çıkacak olursa paylaştırmanın lâzım olduğudur. Çünkü kâsim de hakim gibidir. Onun kur'ası da hakiminki gibidir. Çünkü kâsim payları tadil etmek eşit hâle getirip düzeltmek için ictihat ederken, hakkı bulmak isteyen hakimin ictihadı gibi ictihat eder. Dolayısıyla onun kur'asının bağlayıcı olması icap eder.

1- *eş-Şerhu's-Sağîr,* aynı yer.
2- *Buceyremî el-Hatîb,* IV, 344; *el-Mühezzeb,* aynı yer.
3- *el-Muğnî,* aynı yer; *Keşşâfu'l-Kınâ,* VI, 373.

Paylaştırmada hıyâr (seçme) hakkının sabit olması:

Hanefîlere göre: [1] Paylaştırma üç türlüdür: Birisinde paylaştırmayı kabul etmeyen mecbur edilmez. Değişik türlerin paylaştırılmasında olduğu gibi. Öbür türde paylaştırmayı kabul etmeyen, kabul için mecbur edilir. Ölçülen ve tartılan mislî şeylerde olduğu gibi. Kimisinde de cinsi bir ve misliyyâttan olmayanlarda kabul etmeyenin mecbur tutulduğu paylaştırma türüdür. Aynı türden olan kumaşların, inek ve koyunların paylaştırılmasında olduğu gibi.

Muhayyerlikler de üç türlüdür: *şart, ayb, ve ru'yet muhayyerlikleri*

1- Paylaştırmayı kabul etmek istemeyenin kabul etmeye mecbur tutulduğu değişik türlerin paylaştırılmasında, bütün hıyâr (seçme) hakları sabittir. Çünkü böyle bir paylaştırma, her bakımdan mübadeledir; o bakımdan satış gibidirler.

2- Kabul etmeyenin mecbur tutulmadığı, ölçekle ölçülen veya ağırlıklarla tartılan misliyat türünden şeylerin paylaştırılmasında, zararı ve adaletsizliği ortadan kaldırmak için ayıp muhayyerliği sabit olur, fakat *şart* ile *ru'yet* muhayyerliği söz konusu değildir. Çünkü zarar söz konusu olmayacağından, bu iki muhayyerlik hakkının kabul edilmesinin bir faydası da yoktur.

3- Aynı türden kumaş ve ineklerle koyunlarda olduğu gibi misliyattan olmayan ve aynı türde kabul etmeyenin mecbur tutulduğu, diğer taraftan koyunlar ve develerin birlikte olması hâlinde olduğu gibi türleri bir olmayanda kabul etmeyenin mecbur tutulmadığı kıyemî (kıymetiyle ölçülen) şeylerin paylaştırılmasında ise zararı önlemek için ayıp muhayyerliği sabittir.

Şart ve ru'ye muhayyerliğinin sabit olduğu konusunda ise iki rivayet vardır. Bu iki rivayetten sahih olup fetvaya esas kabul edilen görüş, bu muhayyerliklerin sabit olduğudur.

Netice olarak, bu üç muhayyerlik hakkı değişik türlerin paylaştırılmasında ve türleri aynı veya farklı kıyemiyatın paylaştırılmasında sabit olur; diğer taraftan şart ve ru'yet değil sadece *ayb* muhayyerliği, aynı türden misliyatın paylaştırılmasında söz konusudur.

Malikîlere göre: [2] Tercih edilen görüşlerinde şöyle derler. Karşılıklı rızaya dayalı paylaştırma da ayıp muhayyerliği sabit olur. Yani her bir kişi aralarında ortak olanlardan bir şey alıp kur'aya başvurmaksızın o şeye razı olmak suretiyle tarafların razı olması halinde söz konusu olan karşılıklı rıza paylaştırmasında ayıp muhayyerliği sabittir, çünkü böyle bir paylaştırma satış gibidir.

Hanbelîlere göre: [3] Ortaklardan birisinin payında paylaştırmadan önce bil

---

1- *Hâşiyetü Şitbî alâ-Tebyinü'l-Hakâik,* V, 265; *el-Bedayi,* VII, 28; *Mecelle,* madde 1153-1155.
2- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 662 vd.; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 267.
3- *el-Muğnî,* IX, 128 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ,* VI, 376.

mediği bir kusur ortaya çıkarsa, paylaştırmayı feshetmek veya kusurun kıymetini (erşini) alma ve vaz geçme hakkına sahiptir. Çünkü bu, onun payındaki bir eksikliktir. O bu payı müşteri gibi mülk edinmiştir.

Şafiîlere göre: İfraz yolu ile yapılan paylaştırmanın adaletsizlik veya yanlışlık hâlinde iptal edilebileceğini ifade etmekle yetinmişlerdir. Red veya tadil paylaştırması ise bir satıştır, [1] yani bunda ayıp muhayyerliği hakkı sabittir.

Paylaştırmanın sonuçları:

Paylaştırmanın aşağıda görüldüğü üzere bir takım hükümleri vardır: [2]

1- Her bir ortağın payı ötekinden bağımsız olarak belirlenir, paylaştırmadan sonra her ortak kendi payına bağımsız olarak malik olur.

2- Payı belli olan ortak, mutlak mülkiyet sahibi hakkında sabit olan satış, icar, rehin, yapmak, yıkmak ve buna benzer bütün tasarruflarda bulunmak imkânını elde eder.

3- Paylaştırmada şüf'a hakkı söz konusu değildir. Çünkü şuf'a hakkı katıksız mübadelelerde söz konusudur. Paylaştırma ise sadece bir yönüyle mübadeledir. O bakımdan hakkında şüf'a düşünülemez.

Görüldüğü kadarıyla bütün mezhepler bu hüküm üzerinde ittifak etmiştir.[3]

Paylaştırmanın nakzedilmesi (Bozulması):

Paylaştırma ya ikale veya feshi üzerinde karşılıklı rızâ ile nakzedilir (bozulur).

Hanefîlere göre: Bazı hâllerde paylaştırmanın meydana gelişinden sonra ve lüzumuna rağmen nakzedilmesi (bozulması) icap eder. Söz konusu bu haller aşağıda gösterilmiştir:

1- Ölünün borcunun ortaya çıkması: Paylaştırmadan sonra ölünün üzerinde paylaştırılan bütün terekeyi kapsayan bir borcu olduğu ortaya çıkarsa ve eğer ölenin onun dışında bir malı bulunmuyor ise paylaştırma feshedilir. Ancak mirasçıların borcu ödemesi yahut da alacaklıların mirasçıların zimmetlerinde olanı ibra etmesi, yahut da terekeden borcu karşılayacak kadar bir miktarın kalmış olması hâli müstesnadır. Bu durumda paylaştırma feshedilmez. Çünkü paylaştırmanın lüzumunu (bağlayıcı olmasını) engelleyen sebep ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla paylaştırma olduğu üzere geçerliliğini sürdürür.

Bu sebebin, feshin uygun sebebi olmasının delili Yüce Allah'ın: *"Yapacağı*

1- *Buceyremî el-Hatîb,* IV, 344.
2- *el-Bedâyi,* VII, 28; *Mecelle,* madde 1162.
3- *el-Mühezzeb,* II, 306; *el-Muğnî,* IX, 121.

vasiyetten veya borcundan sonradır." (Nisâ, 11) buyruğudur. Diğer taraftan borç, eğer bütün terekeyi kapsıyor ise mirasçıların terekeden her hangi bir mülk haklarının olmadığı ortaya çıkar. Bu tereke onların yerine ölenin bir mülküdür ve alacaklıların hakkı bu terekeye taalluk etmektedir. Paylaştırma konusu olan terekede başkalarının mülkiyet haklarının bulunması ise paylaştırmanın sahih olmasını engeller.

Şayet borç, bütün terekeyi kapsamıyor ise geriye terekeden borç miktarı kadar hakkın tahsil edilmesi, alacaklıların lehine sabit olur ve bu hak bütün tereke için geçerlidir. Dolayısıyla yine bu, paylaştırmanın geçerli olmasına manidir. [1]

Kanaatimce bu görüş, alacaklıların haklarına riayet bakımından tercihe daha şayandır.

Hanbelîlere göre: [2] Ölünün ödemesi gereken borçları olduğunun ortaya çıkması, paylaştırmayı iptal etmez. Çünkü borcun terekeye taalluku onda tasarrufun sıhhatine mani değildir. Zira bu borç, mirasçıların rızası olmaksızın terekeye talluk etmiştir.

Şafiîlere göre: [3] Ölenin borcunun olduğu ortaya çıkarsa ve eğer paylaştırma, "iki hakkın birbirinden ayırdedilmesidir" görüşü kabul edilirse, bozulmaz. Eğer: "O bir alış veriştir" denilecek olursa, bu paylaştırmanın nakzedileceği konusunda iki görüş vardır: Birisine göre başkalarının mala hakkının taalluku sebebiyle bozulur. Öteki görüşe göre mirasçı borcu ödediği takdirde bozulmaz.

2- Karşılıklı rızaya dayalı paylaştırmada bir başka mirasçının veya mûsâ leh'in (kendisine vasiyet yapılanın) *ortaya çıkması:* Paylaştırma tamamlandıktan sonra bir başka mirasçı veya -meselâ- üçte birin, ya da dörtte birin kendisine vasiyet edildiği bir *mûsâ leh* ortaya çıkarsa paylaştırma bozulur. Çünkü mirasçı ile *mûsâ leh* diğer mirasçıların ortağıdır.

Ancak hakim tarafından (tekazî yoluyla) yapılmış paylaştırma daha sahih görüşe göre bozulmaz. Çünkü böyle bir paylaştırma ictihat konusudur. Hakimin hükmü ise ictihat konusu olan bir meselede söz konusu olursa, geçerli olur ve nakzedilmez. [4]

3- Fâhiş bir gabnin (aldanmanın) ortaya çıkması: Paylaştırma yapıldıktan sonra fâhiş bir gabn (ileri derecede bir aldanma) olduğu ortaya çıkarsa paylaştırma bozulur. *(Fahiş ğabn:* Kıymet biçenlerin takdir ettiğii kıymetin sınırları içerisine girmeyen ileri derecede aldanmadır. Meselâ 500 lira etmediği hâlde mala bin lira

1- *el-Bedâyi*, VII, 30; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 187; *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr*, VIII, 26; *Mecelle*, madde 1161.
2- *el-Muğnî*, IX, 129.
3- *el-Mühezzeb*, I, 327, II, 310.
4- *el-Bedâyi*, VII, 30; *Reddü'l-Muhtâr*, V, 187.

kıymet biçilmesi böyledir.) Hanefîlerin ittifakı ile hakim tarafından yapılmış paylaştırma (kısmet-i tekâzî) feshedilir. Çünkü hakimin tasarrufu adalet ile kayıtlıdır. Burada ise adalet bulunmamaktadır. Gabn ise malikin rızası olmaksızın meydana gelmiştir. Dolayısıyla bu, babanın ve vasinin satışı gibidir, fahiş gabn sebebiyle bozulur. Aynı şekilde esah olan görüşe göre karşılıklı rıza yoluyla yapılan paylaştırma da feshedilir. Çünkü paylaştırmanın caiz olmasının şartı, muadele (adaletin sağlanması)'dir. Bu da bulunmamaktadır. O bakımdan bozulması icap eder. Hanefîlerce - İbn Âbidin'in zikrettiği üzere- sahih ve mutemet olup fetvaya esas olan görüş de budur. Yani karşılıklı rıza yoluyla yapılan paylaştırma hakim tarafından yapılan paylaştırmada olduğu gibi fahiş gabn sebebiyle feshedilir.

Eğer davacı hakkını tamamıyla almış olduğunu kabul etmiyor ise, fahiş ğabn davası mahkemece kabul edilir. Eğer hakkını tamamen aldığını ikrar ediyor ise, gabn davası yahut yanlışlık davası kabul edilmez. Çünkü ikrar ile iddia arasında bir çelişki bulunmaktadır.

Kıymet biçenlerin takdir ettiği sınırların içerisine giren *gabn-i yesîr* (az olan aldanma) davası dinlenilmez ve bu konuda ileri süreceği delil de kabul edilmez.(1)

Fahiş gabn veya adaletsizlik sebebiyle paylaştırmanın bozulacağı konusunda fakihler arasında ittifak vardır. (2) Şu kadar var ki Şafiîler -açıklayacağımız üzere- yanlışlık hâlinde bu konuda meseleyi etraflı bir şekilde ele alırlar.

4- Paylaştırılan malda yanlışlık: Paylaştırma sonrası ortaklardan birisi kendi payından bir kısmın ortağının eline yanlışlıkla geçtiği iddiasında bulunacak olsa ve daha önceden hakkını tamamıyla aldığına (3) dair şahit tutmuş ise, bu iddiada bulunan kişi beyyine (ya hasmın iddiayı kabullenmesi veya yemin etmeyi reddetmesi) olmadıkça davacı tasdik edilmez. Çünkü böyle bir kimse gerçekleşmesinden sonra paylaştırmanın feshi iddiasında bulunmaktadır. Ancak delil ile tasdik edilir ve bu bir tenakuz olmaz. Çünkü bu durumda güvenilir (emin) kimsenin fiiline itimat etmiş iken, daha sonradan yanlışlığı ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Şayet ortada bir beyyine (delil) yoksa, ortaklara yemin teklif edilir. Yemin etmek istemeyen kimsenin payı ile davacının payı bir araya getirilir ve paylarına göre aralarında taksim edilir. Çünkü yemin etmeyi kabul etmemek sadece onun hakkında bir hüccettir. O bakımdan her iki tarafa da iddialarına göre muamele yapılır.

Şayet davacı kişi hakkını tamamıyla aldığını (istîfâ ettiğini) ikrar etmemiş ise ortaklar yemin eder (her birisi bir yemin eder) ve paylaştırma feshedilir. Çünkü

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 187; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 273 vd.; *Mecelle,* madd 1160.

2- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 677; *Buceyremî el-Hatîb,* IV, 344; *el-Muğnî,* IX, 127.

3- *İstîfâ:* Hakkı tamamıyla elde etmek demektir.

paylaştırma ile kendisinin elde ettiği miktardaki ihtilâf, satılanın miktarındaki ihtilâf gibidir.

Şayet; "Bana şu kadar düştüğü hâlde, bana teslim edilmedi" dese ve hakkını tamamıyla aldığına dair kendisine karşı şahit tutmamış ise, ortağı da bu konuda onun iddiasını yalanlasa, karşılıklı olarak yemin ederler ve o takdirde paylaştırma feshedilir. Çünkü paylaştırma meselesinde aralarında ihtilâf çıkmıştır. Onlar paylaştırma yoluyla ortaya çıkan miktarda ihtilâfa düşmüşlerdir. Bu da satılanın miktarındaki ihtilâfa benzer.

Önce: "Hakkımı tamamıyla aldım" dese ve sonra da: "Bir kısmını aldım" dese, bu konuda yemini ile birlikte hasmının sözü kabul edilir. Çünkü iddiada bulunan kişi, hasmına karşı gasp iddiasında bulunmaktadır. Hasmı ise bunu reddetmektedir. Bu durumda reddedenin (münkirin) sözü kabul edilir. (1)

Yanlışlık iddiası hâlinde ve bu beyyine (delil) ile isbat edildiği takdirde paylaştırmanın bozulacağı, aynı şekilde fakihler arasında ittifakla kabul edilmiştir. (2) Şu kadar var ki Şafiîler bu konuda şöyle demektedir: Şayet bir delil ile (adaletli iki şahit, yahut bir erkek ve iki kadın veya bir şahit ve bir yemin ile) mecburî paylaştırma veya karşılıklı rıza ile paylaştırmada yanlışlığın yahut haksızlığın delil ile ispatı söz konusu olursa ve bu paylaştırma ifraz (veya kısımların ayrılması) ile yapılmışsa, iki türü ile de paylaştırma bozulur. Eğer bu paylaştırma kısımların ayrılması ile değil de, tadil veya red ile yapılmış ise paylaştırma nakzedilmez, çünkü bu bir satıştır. Şayet bunu ispat edemiyor ise, davacı ortağına yemin ettirme imkânına sahiptir.

5- Paylaştırılan malın kısmen istihkakı:

Hanefilere göre: Paylaştırılan malda bir müstahik'in (hak sahibi) ortaya çıkması, yani malda bir başka ortağın varlığının anlaşılması halinde üç şekil düşünülmüştür. (3) Şunu da bilelim ki istihkak, bir kişinin bir şeyin tümünün veya bir kısmının mülkiyetinin kendisinin olduğu iddiasında bulunması ve bu iddiasını ispat etmesi, hakimin de o şeyin onun mülkiyetinde olduğuna ve -müşteri veya kendisine pay edilmiş kişi gibi- diğer kişinin elinden alınmasına hüküm vermesi demektir. İşte böyle bir durum ortaya çıkarsa bunun üç şekli söz konusudur:

a) Şayet hak edilen kısmı paylaştırılanın tamamına yayılmış şekilde (şâyi') olursa, (beşte bir veya dörtte bir gibi) Hanefîlerin ittifakıyla paylaştırma feshedilir. Çünkü bu paylaştırmada ifraz ve temyiz (ayırdetme) manası gerçekleşmemiştir.

1- *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 20 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 186; *Tebyinü'l-Hakâik,* V, 273; *el-Lübâb,* IV, 103 vd.; *el-Bedâyi,* VII, 26.

2- Aynı yerler.

3- *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 23 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik.,* V, 274; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 186 vd.; *el-Lübâb, IV, 106; Mecelle,* madde, 1125.

b) Eğer hak edilen, ortaklardan birisinin payından muayyen bir kısım ise, Hanefîlerin ittifakı ile paylaştırma feshedilmez. Çünkü istihkak muayyen bir cüz'de varit olduğundan dolayı, müstahikkin (hak sahibi olduğunu söyleyenin) malda ortak olduğu açıkça görülmemektedir. Bundan dolayı paylaştırma iptal edilmez. Şu kadar var ki, *müstehakkün minh* (istihkak ile kendisinden payının bir kısmı alınan kişi) istihkak edilen kısımdan ona düşen kadarıyla öbür ortağa müracaateder. Çünkü o kısmın onun mülkü olmadığı ortaya çıkmış olur, o bakımdan onu geri alır.

c) Şayet hak edilen kısım, paylardan birisinde olursa, Ebu Hanife ve Muhammed'e görebu paylaştırma *müstahakkün minh*'in aleyhine mecburi olarak feshedilmez. *Müstahakkün minh* sadece o kısmın hissesi kadarıyla arkadaşının payına rücu etmek ile feshetmek arasında muhayyer bırakılır. Çünkü istihkak ile paylaştırmanın sadece hak edilen miktarda sahih olmadığı ortaya çıkmıştır.

Ebu Yusuf ise "paylaştırma feshedilir" der. Çünkü istihkak ile ortakların bir başka ortağının bulunduğu ortaya çıkmış olur. Bir başka ortağın varlığı hâlinde ise paylaştırma sahih olmaz. İki payda da şâyi' olan bir kısma istihkak edilmesi hâlinde olduğu gibidir.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [1] Eğer ortaklardan birisinin payından belli bir kısmın onların dışında bir kişinin hakkı olduğu ortaya çıkarsa ve bu hak edilen kısım onlardan sadece birisinin elinde bulunur veya ötekinin payından daha fazla bir miktar kendisine düşerse, bu paylaştırma batıl olur. Çünkü, paylar arasında adalet gerçekleşmediğinden dolayı, onlardan birisinin ötekine müracaat etmesine ihtiyaç vardır.

Şayet hak edilen kısım ortaklar arasında eşit bir şekilde paylaştırılmış ise, meselâ bir araziyi aralarında paylaştırmış ve her ikisinin hisselerinden bir arada iki hissede de eşit olmak üzere muayyen birer parça istihkak edilmiş ise, arazinin geriye kalan kısmında paylaştırma batıl olmaz. Çünkü paylaştırma onlardan her birisinin hakkının ifraz edilmesidir, bu da olmuştur.

Şayet paylaştırılan malın bir kısmı, her iki hissede veya bir kısmında şayi olarak hak edilmiş ise, o kısımda paylaştırma batıl olur. Geri kalan kısmında batıl olmaz. Şafiîlerdeki esah olan görüşe göre böyledir ve bu hüküm işlemin ayırdedilmesi ilkesi ile amel etmek gereğince verilmiştir.

Hanbelîlere göre ise paylaştırma bütünüyle batıl olur. Çünkü müstahik üçüncü bir ortaktır. Ve kendisi hazır bulunmaksızın, izni de olmaksızın mal paylaştırılmış bulunmaktadır. Karşılıklı rıza ile veya mecburen yapılan paylaştırma arasında bu noktada fark yoktur. Çünkü paylaştırmadan maksat iki hakkı birbirinden ayırdetmektir ve bu da bu durumda gerçekleşmemiştir.

1- *el-Mühezzeb,* II, 309; *Buceyremî el-Hatîb,* IV, 344; *el-Muğnî,* IX, 128; *Keşşâfu'l-Kınâ,* VI 376.

İspata dair özel hükümler:

Bazı hususlarda anlaşmazlığa düşmeleri hâlinde taraflar arasındaki anlaşmazlığın çözümlenme keyfiyeti ile ilgili olarak paylaştırmaya has bir takım hükümler vardır. Sınırlar ile yahut gabn aldanma kıymetinin tayin edilmesi, yahut ispat delilleri arasında bir çelişki olduğu takdirde hakkın bir kısmının öteki ortağın elinde kalması türünden ihtilâflar bunlara örnektir.

1- Sınırlarda anlaşmazlıklar: Paylaştırmada bulunan kişiler sınırlar hususunda anlaşmazlığa düşecek olurlarsa ve onların her birisi paylaştırmadan sonra kendi sınırının içerisine girildiğinden dolayı diğerinin elinde kendine ait bir ev olduğunu iddia eder ve her birisi de iddiasına delil getirse, her kişinin lehine öteki tarafın elinde bulunan kısmın ait olduğu şeklinde hüküm verilir. Çünkü bu kişi sınırın haricinde kalmaktır. Hariçte olanın delili ise elinde bulunduranın deliline tercih edilir.

Birisi ortağının elinde bulunan ve paylaştırma ile ona düşmüş bulunan bir evin kendisine ait olduğu konusunda bir delil ortaya koysa, öteki de bunu reddetse, delili sebebiyle onun lehine hüküm verilir. Taraflardan her hangi birisinin bir delili yok ise karşılıklı olarak yemin ederler ve satışta olduğu gibi ellerinde bulunanı geri verirler [1] ve bu durumda paylaştırma feshedilir. [2]

2- Gabne Kıymet Biçilmesi Hususunda Görüş Ayrılığı: Şayet pay sahipleri gabne kıymet biçilmesi hususunda anlaşmazlık çıkartacak olurlarsa, bu gabn ya yesir (az) veya fahiş (çok) olur.

a) Gabn yesir (az) olursa: Yesir gabn, kıymet biçenlerin takdir ettikleri kıymetin sınırları içerisinde kalandır. Bu takdirde iddiaya bakılmaz. Paylaştırmanın karşılıklı rıza veya hakimin hükmü ile yapılmış olması arasında bu bakımdan fark yoktur. Çünkü bu tür gabnden uzak durmak gerçekten zordur. Malın kıymetinin on olmakla birlikte bu konuda bilir kişi olanların kimisinin on, kimisinin dokuz olarak kıymet biçmesi, yesir gabne örnektir. Buradaki bir'lik fark, yesir gabn olarak kabul edilir.

b) Gabn fahiş olursa: Bu da kıymet biçenlerin takdir ettikleri kıymetin sınırları içerisinde olmayandır. [3] Meselâ bilir kişiler onluk değeri olan bir mala sekiz veya yedi kadar kıymet biçerlerse ve kimse ona on bir ile kıymet biçmezse, ve paylaştırma da hakimin hükmü ile yapılmışsa feshedilir. Çünkü hasımlar arasında rıza bu-

1- Abdullah b. Ahmed, *Müsned*'in ziyadât'ında el-Kasım b. Abdurrahman'dan, o da dedesinden şu lafızla bir hadis rivayet etmekledir: *"Alışverişin tarafları ihtilâf edip mal ortada ise, birilerinin de her hangi bir delili yoksa, karşılıklı olarak yemin ederler." Neylü'l-Evtâr*, V, 224.

2- *el-Bedâyi*, VII, 26; *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr*, VIII, 22 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 274; *ed-Dürrü'l Muhtâr*, V, 186.

3- Hanefilerin müteahhir alimleri gabn-ı fahişi menkullerde kıymetinin onda birinin yarısı (yani yüzde beş), hayvanlarda kıymetinin onda biri (yani yüzde onu), akarlarda ise beşte biri (yani yüzde yirmisi) ile sınırlandırmışlardır.

lunmamaktadır. Hakimin tasarrufu ise adaletle mukayyettir ve bu da olmamıştır. Eğer paylaştırma karşılıklı rıza ile olmuşsa bazı Hanefî alimlerine göre iddiaya bakılmaz. Çünkü paylaştırma bir bakıma satış manasını taşır. Bu konuda malik tarafından ileri sürülen gabn iddiası ise satışın bozulmasını gerektirmez. (1)

Malik olandan başkasının -babanın veya vasinin satışında olduğu gibi- satışı ise fahiş gabn sebebiyle bozulur. (2)

Önceden de açıkladığımız gibi daha sahih olan görüş, bu durumda davanın dinleneceği ve fahiş gabn sebebiyle hakimin hükmüyle yapılmış paylaştırmanın feshedildiği gibi, karşılıklı rıza ile yapılanın da feshedileceğidir. Çünkü paylaştırmanın caiz oluşunun şartı adaletli olmasıdır, bu da bulunmamıştır. O bakımdan bozulması icap eder.

3- Payın tam alınmasında anlaşmazlık: Paylaştırmadan sonra taraflar anlaşmazlık göstererek birisi payını tamamen aldığını inkâr etse ve payının bir kısmının öteki tarafın elinde olduğu iddiasında bulunsa, diğeri de bu iddiayı reddetse:

a) Eğer iki veya daha fazla kâsim (paylaştıran) iddia sahibinin hakkını tamamıyla aldığına dair şahitlikte bulunsalar, Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'a göre şahitlikleri kabul edilir. Çünkü onlar kendi fiillerine değil, kendilerinden başkalarının fiillerine şahitlik etmişlerdir. Çünkü onların fiilleri, payları birbirinden ayırt etmektir ve bunun için ayrıca şehadete ihtiyaç yoktur.

İmam Muhammed ise, iki kâsimin şahitliğinin kabul edilmeyeceğini söylemiştir. Çünkü onlar bizzat kendilerinin yaptıkları işe şahitlik etmektedirler. Zira onların yaptıkları iş, ayırdetmektir.

b) Şayet hakkın tamamıyla alındığına dair bir tek kâsim şahitlik edecek olursa, onun şahitliği kabul edilmez. Çünkü tek bir kişinin başkasının aleyhindeki şahitliği makbul değildir. (3)

MENFAATLERİN PAYLAŞTIRILMASI VEYA MUHAYEE

1. Tarifi:

Muhayee kelimesi mufâale kalıbındadır. Bu kelimenin lügat manası, "Bir şeye hazırlananın dış görünüş hali" demektir. Buna göre muhayee sözlükte iki ortağın bir iş üzerinde anlaşması ve rızalan ile kabul etmeleri demektir. Ortaklardan her birisi belli ve bir tek hey'eti yani durumu beğenip kabul eder ve onu seçer yahut ikinci

1- Tek başına gabn-ı fahiş, ictihatların çoğunluğuna göre başka bir takım aldatma veya kandırmada bulunmadığı sürece kusur kabul edilmemiştir. Yani akdin taraflarından birisi ötekini sözlü veya amelî olarak vehme düşürücü bir yolla (tedlis) aldatarak akde razı olmaya iten bir davranışta bulunmalıdır. Satılanın kusurunu gizlemek de bu tür aldatmalar arasındadır. Bu görüşte olan fakihlerin delilleri ise: *"İnsanları bırakın. Allah onların kimini ötekinden rızıklandırır"* hadisidir.

2- *Tekmiletü-Feth ve'l-İnâye,* VIII, 22; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 273 vd.

3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddu'l-Muhtâr,* V, 185 vd.

ortak birinci ortağın kendisinden faydalandığı hey'ette yani şekil üzere o ayn ile faydalanır. Fıkhen muhayee ise "menfaatlerin pay edilmesi" demektir. [1]

Malikîler ise muhayee'yi şöyle tarif etmişlerdir: [2] Ev gibi tek ve aynı yahut iki ev gibi birden çok malda ortaklardan her birisinin belli bir süre içerisinde o tek mal veya birden çok malın menfaatinin kendisine tahsis edilmesidir. Buna göre zamanın tayin edilmesi şarttır. Çünkü zaman ile faydalanma miktarının bilinmesi söz konusudur. Aksi takdirde muhayee bozulur.

2. Meşruluğu

Muhayee kendisine duyulan ihtiyaç sebebiyle istihsan delili gereği caiz kabul edilmiştir. Çünkü bazen birlikte müşterek olarak kullanma (faydalanma) mümkün olmayabilir. Muhayeenin mahalli (konusu) ise, ayn'ın bâki olması ile birlikte, kendisinden faydalanma imkânı bulunan müşterek aynların menfaatidir. Ortaklardan ikisinin veya birisinin ölümü ile batıl olmaz. Ortaklardan birisi tarafından ayn olarak paylaştırılması isteğinde bulunacak olsa muhayee batıl olur. [3]

Ayn'ların paylaştırılması muhayeeden daha kuvvetlidir. Çünkü birincisi menfaatlerin sürekli olarak bir tek zamanda bir araya getirilmesi demektir. Muhayee ise geçici olmak niteliği ile menfaatlerin arka arkaya toplanmasıdır. [4] Ortaklardan birisi paylaştırmayı isteyecek, öteki muhayee talebinde bulunacak olursa hakim birincisinin isteğini kabul ederek paylaştırmayı yapar.

Muhayeenin meşruiyyetine Kur'an ve Sünnetten delil gösterilmiştir.

Kur'an-ı Kerim'den delili şanı yüce Allah'ın Hz. Salih'in dişi devesinin muhayee yoluyla sudaki payından söz ettiği şu buyruğudur: *"İşte bu bir dişi devedir. Belli günde onun su içmek için nöbeti, sizin de su içmek için nöbetiniz vardır."* (Şuara, 155) İşte muhayee de bizzat budur.

Sünnette deliline gelince, Hz. Peygamber döneminde rastlanılmış bir takım olaylardır ve bunlardan birisi de şudur: *"Peygamber (a.s.) Bedir gazvesinde yetmiş deveden her bir deveye üç kişiyi (sırayla binmek üzere) ayırmıştı. Ve ayırdığı bu kişiler sırayla peşpeşe deveye biniyorlardı."* [5]

3. Muhayeenin Mahalli (Konusu)

Muhayeenin mahalli (konusu) ayn'lar değil, menfaatlerdir. Çünkü muhayee ayn'lar değil menfaatlerin pay edilmesidir. O bakımdan muhayeenin konusu ayn'lar değil menfaatlerdir.

1- *-el-Feth* tekmilesi kenarında- *Hidâye* şerhi üzerine *el-İnâye,* VIII, 27; *Reddü'l-Muhtâr,* V, 18' *Mecelle,* Madde, 1174.

2- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 660.

3- *Reddü'l-Muhtâr,* V, 189; *el-Lübâb,* IV, 106.

4- *Tekmiletü'l-Feth ma'a'l-Hidaye,* VIII, 27.

5- Sîret, İbni Hişâm, I, 613.

Buna göre iki kişiden biri bir evin bir bölümünde, öteki de geri kalan kısmında oturmak üzere veya birisi üstte öteki altta oturmak üzere ittifak etseler bu sahihtir. O kişi kendisine düşen yeri kiraya verebilir, onun gelirini de alabilir. Aynı şekilde muhayee ortak arazilerde de caizdir.

Ancak iki ortak arasında hurma veya başka türlü ağaçlarda her birisi belli bir kısmı alıp onun meyvesinden yararlanmak üzere muhayeede bulunmak üzere anlaşsalar caiz olmaz veya aralarında ortak bulunan koyunlarda, onlardan her birisi koyunlardan muayyen sayıda bir miktar alıp sütlerinden yararlanmak üzere muhayeede bulunsalar yine caiz olmaz. Çünkü muhayee menfaatlerin paylaştırılması hakkında varit olan bir akidtir. Meyve ve süt ise birer ayn'dır. Dolayısıyla bunların muhayee mahalli olmaları uygun düşmez. Bu hususta fakihler arasında ittifak vardır. (1)

Şafiîler de şöyle demektedirler: Karşılıklı rıza ile dahi olsa zimmetlerde bulunan alacakları paylaştırmak sahih değildir. Her kim bu alacaklardan bir şey tahsil edecek olursa, o miktar ona has olamaz. *Mecelle*'nin 1175'nci maddesi şunu ifade etmektedir: "Muhayee misliyatta cereyan etmez. Aksine kıyemiyyatta cereyan eder ki, aynları kaldığı sürece onlardan yararlanmak, mümkün olabilsin."

4. Muhayeenin Niteliği

Muhayeenin lüzumu hususunda fakihlerin iki görüşü vardır. Birisi lâzım olmadığını söyleyen Malikîlerin dışında kalan cumhurun görüşüdür. Diğeri ise lâzım olduğunu kabul eden Malikîlerin görüşüdür. Mezheplerin bu konudaki açıklamaları aşağıdaki şekildedir:

Hanefîlere göre: (2) Karşılıklı rıza ile yapılan muhayee ister zaman, ister mekan hususu ile ilgili olsun, lâzım olmayan bir akittir. Ortaklardan birisi hakimden muhayee talebinde bulunsa öteki de paylaştırmayı isteyecek olsa, ikincisinin isteği kabul edilir. Çünkü ayn'ın paylaştırılması menfaatin paylaştırılmasından daha güçlüdür. Çünkü birincisinde menfaatler sürekli olarak ve aynı anda bir araya gelir. Ötekinde ise peşpeşe, arka arkaya devam eder. (3)

1- *el-Bedayi,* VII, 32; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 277; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 285; *Desûkî Haşiyesi,* III 498; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 660 vd.; *Buceyremi el-Hatîb,* IV, 345; *el-Muğnî,* IX, 130; *Keşşâfu'l Kınâ,* VI, 367.

2- *el-Bedayi,* VII, 32; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 184, 189; *Tebyînü'l-Hakâik,* V 276.

3- Bundan sonraki notta gelecek olan *Mecelle,* madde 1182'ye bkz. (Ancak müellif *Mecelle*'nin bu maddesini belirttiği şekilde bundan sonraki notlarda kaydetmemiştir. Madde şöyledir: "Paylaştırılması mümkün olan ortak bir malın sahiplerinden birisi pay edilmesini, öteki muhayee yoluyla kullanılmasını istese, birincinin isteği kabul edilir. Her hangi birisi paylaştırma talebinde olmadığı hâlde biri muhayee isteyecek olsa, diğeri de bunu kabul etmek istemese, muhayeeyi kabul etmek için mecbur tutulur." - Çeviren-)

Buna göre muhayee feshedilmesi caiz olan akittir ve diğer caiz akidler gibidir. Özürsüz olarak dahi feshedilir. Muhayee ortaklardan birisinin veya her ikisinin ölümü ile batıl olmaz. İcare ise bunun aksinedir. Çünkü muhayee batıl olacak olursa, hakim anında onu iade eder, yani tekrar muhâyeeyi başlatır. Bunun yeni baştan başlatılmasının faydası ise yoktur. Nitekim sona ermekte ve iptalde fayda olmadığı gibi. Zira her bir kişi ötekinin rızası olmaksızın dahi onu feshetmek hakkına sahiptir.

Mahkeme yoluyla muhayee ise İbn Abidin'in açıkladığı üzere, lâzım bir akittir. Ortaklardan her hangi birisinin aralarında sulh yolu ile olmadığı sürece özürsüz olarak bu akdi bozması caiz değildir.

Şafiîlere göre: [1] Muhayee lâzım olmayan bir akittir. Ortaklardan her birisi dilediği zaman bu akitten geri dönebilir, hakim tarafından da bu hususta zorlama söz konusu değildir.

Hanbelîlere göre: [2] Muhayee lâzım bir akid değildir. Ortaklardan her hangi birisi ne zaman vazgeçecek olursa muhayee de son bulur. Alış verişte olduğu gibi, ona zorlamak söz konusu değildir. Yani Malikîler de Şafiîlerin söylediği gibi söylerler. Ortaklardan her hangi birisi paylaştırmak talebinde bulunacak olursa, bu onun yetkisinde olan bir şeydir ve bu durumuda muhayee sona erer. Yani bu konuda da Hanefîlerin görüşündedirler.

Malikîlere göre: [3] Muhayee icare gibi lâzım bir akittir. O lâzım akidlerden olduğu için taraflardan birisi onu feshedemez. Her hangi bir şey üzerinde karşılıklı olarak razı olduklarında sahih olarak vaki olur. Muhayee ancak iki tarafın veya ikiden çok olmaları halinde hepsinin rızaları ile feshedilebilir.

5. Muhayeenin Türleri

Muhayee iki bakımdan türlere ayrılmıştır. Birincisi karşılıklı rıza ve zorlama açısından; ikincisi de zaman ve mekan açısından yapılmıştır.

1- Karşılıklı rıza ve zorlama açısından muhayee:

Bu açıdan muhayee iki türe ayrılır: Birisi karşılıklı rıza yolu ile yapılan muhayee, ikincisi de hakimin hükmü ile yapılan muhayeedir.

a) Karşılıklı rıza ile yapılan muhayee: İki kişinin aralarında ortak olan bir şeyden yararlanma şekli üzerinde ittifak etmeleridir. Söz konusu bu yararlanma ise zaman veya mekanda arka arkaya veya nöbetleşerek olur. Fakihlerin ittifakı ile böyle bir muhayee caizdir.

1- *Buceyremî el-Hatîb,* IV, 345.
1- *el-Muğnî,* IX, 130.
3- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 266; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 285.

b) Mahkeme hükmü ile muhayee: Ortaklardan birisinin talebi üzerine mecburen gerçekleşen muhayeedir. Hakim ortaklar arasında ya her birisinin payına göre payı oranında belirli bir süre ile zamanlı nöbetleşmeyi kabule mecbur tutarak muhayeeye yapar veya hisseleri oranında müşterek malın bir kısmının menfaatini birisine tahsis etmek suretiyle mekanî muhayee yolu ile yapar.

Böyle bir muhayee *Hanefîlere göre* [1] ortaklar arasında adaleti gerçekleştirmek, onların maslahatlarını gözetmek için caizdir. [2] Daha sahih görülen görüşe göre hakim bunu kabul etmeye onları mecbur etmek yetkisine sahiptir. Çünkü insanların daha adaletli olana ihtiyaçları vardır. Bu da hakimin hükmü ile paylaştırmadır. *Mecelle*'nin 1181 nci maddesi mecburî muhayee'nin hâllerini açıklamak üzere aşağıdaki ifadeleri kullanmaktadır:

"Birden çok ortağı olan eşyanın sahiplerinden birisi muhayee talebinde bulunur, öteki bunu kabul etmeyecek olursa, şayet ortak olan ayn'lar menfaatleri itibarıyla birbirleriyle ittifak ediyor iseler, muhayee mecburi olur. Şayet menfaatleri farklı olursa zorlama söz konusu değildir.

Meselâ ortak iki ev bulunsa, bu ortaklardan birisi de iki evden birisinde kendisi oturmak, öteki de öbür ortağının olmak üzere muhayee talebinde bulunacak olsa, yahut iki hayvan bulunsa ve onlardan birisini bir ortak, ötekini de başka bir ortak kullanma talebinde bulunsa ve ortağı da bunu kabul etmese, böyle bir durumda muhayee mecburidir.

Ama onlardan birisi evi mesken olarak kullanmayı, diğeri de hamamın kirasını almayı veya onlardan birisinin evde kalmasına karşılık ötekinin de arazileri ekmeyi istemesi durumunda bu, karşılıklı rıza ile olursa muhayee caiz olmakla birlikte, birisi kabul etmeyecek olursa, kabule mecbur edilmez. [3]

Cumhura (yani Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere) göre: [4] Kabul etmeyen kimse muhayeeyi kabul etmeye mecbur edilmez. Çünkü bu karşılıklı bir ivazdır. Satışta olduğu gibi, buna mecbur edilmez. Diğer taraftan menfaatte her bir kişinin hakkı acil bir şeydir. Alacakta olduğu gibi, onun rızası olmaksızın bu hakkın geciktirilmesi caiz olmaz. Yani cumhura göre hakimin hükmü ile muhayee caiz değildir.

Malikîler de şöyle demektedir: Kur'a yoluyla menfaatlerin paylaştırılması caiz değildir. Şafiîler ise şöyle der: Bu hususta ittifak ederler ancak sıranın başlangıcı hususunda anlaşmazlığa düşecek olurlarsa aralarında kur'a çekilir.

2- Zaman ve mekan bakımından muhayee:

Bu itibarla muhayee biri zaman, diğeri de mekan muhayeesi olmak üzere iki

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 266; *Mecelle,* madde 1176.
2- *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 276.
3- *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 276; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VIII, 30.
4- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 285; *Buceyremî el-Hatîb,* IV, 345; *el-Muğnî,* IX- 130.

türe ayrılır.

Birinci tür zaman ile alâkalı, ikinci tür ise mekan ile alâkalıdır. Malikîlere göre muhayee [1] iki kısımdır. Zaman ile muhayee, ayn'lar ile muhayee. Birincisi ortaklardan her bir kişinin ortak olunan ayn'ın tümünde, diğer ortağının faydalandığı müddete eşit bir süre kadar faydalanmasıdır. Bir evde birisinin bir ay oturması, ötekinin de başka bir ay oturması gibi. İkinci türde ise ortakların, malların rakabelerini her birisi kendi payına düşenden belli bir süre faydalanmak üzere paylaştırmalarıdır. Birisinin bir evde, ötekinin de bir başka evde bir süre oturması, yahut belli bir süre birisinin bir ata, ötekinin başka bir ata binmesi gibi.

a) Zaman ile muhayee:

Tanımı: Ortaklardan her birinin peşpeşe aralarında ortak bulunan ayn'ın tümünde, birinin ötekinin faydalandığı müddete eşit bir süre veya onun payı oranında faydalanması demektir. [2] Meselâ, iki kişinin aralarında ortak olan araziyi birisi bir sene, öteki diğer sene ekmek üzere anlaşmaları veya bir evde sırası ile biri bir sene, ötekinin bir sene oturmak üzere anlaşmaları yahut bir kitabı birinin bir hafta, ötekinin de onun gibi bir hafta kullanmak üzere anlaşmaları gibi. *Mecelle*'nin 1187. maddesi ayn'lar üzerinde muhayeenin caiz olmayacağını hükme bağlamıştır. Muhayee ortak bulunan ağaçların meyvesi, hayvanların sütleri ve yünleri üzerinde; ortaklardan birisine bu ağaçlardan bir miktar meyvenin, ötekine de bir başka miktarın verilmesi, yahut arada ortak bulunan koyun sürüsünün bir bölümünün sütünün veya yününün birisine, öbür kısmının sütünün ve yününün de bir diğerine olması üzerinde anlaşmaları hâlinde olduğu gibi. Bu tür ayn üzere yapılan anlaşmalar caiz değildir.

Meşruluğu: Zamana göre muhayee şanı yüce Allah'ın Hz. Salih'in devesi ile kavmi arasındaki nöbetleşerek su ihtiyacını karşılamasına dair anlattıkları sebebiyle caizdir: *"İşte bu istediğiniz bir dişi devedir. Su bir gün onundur ve belirli bir gün de sizindir."* (Şuarâ, 155), *"Ve suyun aralarında paylaştırılarak kullanılacağını onlara haber ver. Her biri suyu içme sırasında hazır bulunsun."* (Kamer, 28) Diğer taraftan insanların buna ihtiyaçları da olduğundan meşru bir uygulamadır.

Fıkhî durumu: Hanefîlere göre zamanlı muhayee bir açıdan ayn'ların paylaştırılması gibi ifraz, bir açıdan da mübadeledir. Çünkü muhayee yapan kişi, ortağına ait olan payı karz olarak alan gibidir. Dolayısıyla bir bakıma onda mübadele manası vardır. [3]

Hanbelîler de şöyle demektedir: Muhayee bir muâavaza (karşılıklı ivazlaşma)'dır. O bakımdan satışta olduğu gibi kabule mecbur edilmek söz konusu değil-

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* III, 266; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 285.
2- *Bidâyetü'l-Müctehid,* III, 266; *Mecelle,* madde 1176.
3- *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 276.

dir. [1]

Şafiîler de açıkça şunu söylerler: Her kim hakkından fazlasını tahsil edecek olursa, payından fazla aldığı miktarın ücretini ödemesi lâzımdır. [2] Bundan muhayee'nin mübadele olduğu anlaşılmaktadır.

Mecelle'nin 1178 nci maddesinde ise şöyle denilmektedir: "Zaman ile muhayee bir tür mübadeledir. Çünkü pay sahiplerinden birisinin kendi nöbetinde sağladığı menfaat diğer pay sahibinin kendi nöbetinde sağladığı menfaat ile mübadele edilmiştir..."

Müddetin tayini: Mekân ile ilgili muhayee'dekinin aksine zaman ile muhayee'de müddetin tesbit edilmesi şartı vardır. Çünkü zamanın tesbiti ile faydalanma miktarı bilinir. Böylelikle zamanın tayini ile sağlanacak olan menfaatler bilinmiş olur. Bu ise belli bir zamanın açıklanması ile bilinebilir. Çünkü muhayee burada zaman ile takdir edilmiştir. Mekan ile muhayee'de ise belli yerde menfaatin toplandığı kabul edilmiştir, menfaatin sağlandığı yer de bellidir. [3] Az önce sözü geçen *Mecelle*'nin 1178 nci maddesi böyle bir muhayee'nin bir tür mübadele olduğundan hareketle şunları da belirtmektedir: "Buna göre muhayee'de, meselâ, "şu kadar gün" veya "şu kadar ay" diyerek müddetin zikredilip tesbit edilmesi lâzımdır."

Malikîler [4] zamanın tayin edilmesi ve zararın da söz konusu olmamasını şart koştuktan sonra, sürenin miktarı ile ilgili olarak şöylece açıklamalarda bulunurlar: Kısa süreler içerisinde taşınabilir şeylerde muhayee caiz olup uzun süreli olarak yapılması caiz değildir. Hayvan ve buna benzer elbise gibi şeylerde uzun bir süre için muhayee sahih olmaz. Ancak ev ve arazi gibi akarlarda uzun süreli muhayee caizdir. Ortaklardan birisi o evde belirli bir süre oturur, öbürü de o süre kadar daha sonra oturur. Birisi araziyi bir sene eker, ötcki de onun gibi bir sene eker. Mülkiyet altında olmayan ödünç olarak alınmış ve o süre kadar kalacağından yana emin olunmayan arazilerde ise muhayee yoluyla paylaştırma caiz değildir; süre kısa olsa dahi durum böyledir. Çünkü ariyet (ödünç) veren kişi bundan dönebilir. Bu durumda henüz intifa (faydalanma) hakkı sırası gelmeyen öteki ortak ondan faydalanma imkânını da kaybetmiş olur.

Sona ermesi: Muhayee akdin taraflarından birisinin ölümü ile veya her iki tarafın ölümü ile de batıl olmaz. Çünkü bundan önce de işaret etmiş olduğumuz gibi muhayee batıl olacak olsa dahi, hakim onu hemen yeniden başlatır. Ancak yeni baştan başlatmanın bir faydası yoktur. Muhayee ancak tarafların ortak olan malı sat-

1- *el-Buğnî*, IX, 130.
2- *Buceyremî el-Hatîb*, IV, 345.
3- *el-Bedâyi*, VII, 32.
4- *eş-Şerhu'l-Kebîr, ma'ad-Desuki*, III, 499; *eş-Şeru's-Sağîr*, III, 661; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 266.

maları veya karşılıklı rızalarıyla sona erer. [1]

b) Mekân ile ilgili muhayee:

Tanımı: Mekân muhayee'si, ortaklardan her birine hissesi oranında ortak olunan malın bir kısmının tahsis edilmesidir. [2] Böylelikle her ortak aynı zamanda intifa (faydalanma) hakkını da kullanmış olur. Bir evden muhayee yolu ile intifa etmek için ortaklardan her birisinin menfaati evin bir cüzünde toplanıp bir araya getirilir, ötekinin menfaati ise bir başka cüzde toplanıp bir araya getirilir.

Meşruluğu: Mekân muhayee'si caizdir. Çünkü bu da ayn'ların paylaştırılması gibi bir tür paylaştırmadır. Katlı binalarda ortak olanlardan birisinin altı, ötekinin ise üstü almak üzere anlaşmaları caizdir. Bu durumda menfaatin paylaştırılması mekân muhayeesi ile olur ve bu da caizdir. [3]

Zaman muhayee'si, ortaklardan her birinin tek ayn üzerinde bir arada faydalanmalarına imkân olmadığı takdirde ihtiyaç sebebiyle caiz olduğu gibi, mekân muhayee'sinin hükmü de bu durumda böyledir.

Mahalli (konusu): Mekân muhayee'si büyük bir ev gibi paylaştırılması mümkün olan ortak bir malda olur. Araba, hayvan, kitap ve küçük ev gibi paylaştırılması mümkün olmayan şeylerde ise mekân muhayee'sine imkân yoktur. Öyle bir şeyde zaman muhayeesi kendiliğinden belirlenmiş yani sadece böyle bir yolla muhayee mümkün olur.

Evlerde muhayee: Zahir rivayete göre evlerde muhayee ister zamanı olsun, ister mekân muhayee'si olsun, hem şahsi olarak kullanmak, hem de menfaatinden (yani ücret ve buna benzer bir yolla başkası vasıtasıyla) faydalanmak caizdir. Çünkü zahire göre akarda her hangi bir değişiklik bulunmamaktadır. Diğer taraftan mekân muhayeesi bütün payların ifraz edilmesi (ayrılması); zaman muhayee'si ise intifa (faydalanma) da nöbetleşmek veya peşpeşe gerçekleştirmekle söz konusu olur. O bakımdan bu muhayee karz gibidir ve herkes kendi kullanma nöbetinde ötekinin vekili olarak değerlendirilir. [4]

Hayvanda muhayee: İki binekte olduğu gibi hayvanda muhayee birisinin o iki hayvandan birisine bir süre binmesi, ötekinin de bir süre binmesi şeklinde olur. Ebu Hanife'ye göre ne şahsi kullanmak için, ne de menfaatinden faydalanmak için (bu tür muhayee) caiz değildir. Çünkü zahiren hayvanlarda bir farklılık ve değişiklik vardır ve binen kimselerin farklılığı ile kullanımda da farklılık olur.

Ebu Yusuf ile Muhammed'e göre ise bir veya iki hayvanda şahsi kullanım için

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 189; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 276; *Tekmiletü'l-Fethi'l-Kadir,* VIII, 27.
2- *Mecelle,* madde 1179.
3- *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 276; *el-Bedayi,* VII, 31; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VIII, 27.
4- *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 276 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VIII, 30; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 189 *Mecelle,* madde 1176.

muhayee caiz olduğu gibi, iki hayvan hakkında istiğlâl (ücretle kiraya vermek veya bir başka yolla başkasının kullanması) ile de muhayee caizdir. Ancak istiğlâl yolu ile kullanma bir tek hayvanda caiz olmaz. Çünkü zamanları aynı olduğundan dolayı iki hayvanda muadele (tarafların eşit ve adaletli faydalanmaları) mümkündür. Ancak tek bir hayvanda muadele sağlamaya imkân yoktur. Çünkü zahire göre hayvanda bir değişiklik ortaya çıkar. Zira onun değişmesini sağlayan sebepler peşpeşe gelir. Çünkü ikincisinin kullanacağı süre içerisinde hayvanın gücü ve gayreti, birincinin kullandığı zamandakinden daha az olabilir. (1)

Mecelle'nin 1177 nci maddesi, ortak olan hayvanda ve yine ortak olan iki hayvanda şahsi kullanımda muhayeenin caiz olduğunu belirtmiştir. Yani ortaklardan birisi bir hayvanı öteki de öteki hayvanı kullanır. Bu Ebu Yusuf ile Muhammed'in görüşüdür. Aynı zamanda bu görüş Malikîlerin ayn'lar ile menfaatlerin paylaştırılması hususundaki görüşlerine de uygundur.

Fıkhî durumu: Mekân muhayeesi bütün payların ifraz edilmesi, ayrılmasıdır. Bir mübadele değildir. Çünkü mübadele olsaydı sahih olmazdı. Zira tek bir türde mübadelede bir nesîe (belli bir süre menfaatin ertelenmesi) söz konusudur. Nesîe ise, faiz söz konusu olduğundan dolayı caiz değildir. Çünkü Hanefîlere göre bu tür faizin söz konusu olabilmesi için sadece türlerin bir olması yeterlidir. (2)

Süresi: Mekân muhayee'sinde müddetin zikredilmesi ve tayin edilmesi şartı yoktur. Yani zaman muhayeesinin tam aksinedir. Çünkü zaman muhayeesinde menfaatlerin bilinebilir olması için sürenin tayin edilmesine ihtiyaç vardır. Mekân muhayeesinde ise sürenin açıklanmasına ihtiyaç yoktur. Çünkü menfaatin sağlanacağı yer bellidir. O bakımdan menfaatler mekânlarının özellikleri ile bilinmiş olur. (3) Şu kadar var ki Malikîler ayn'lar ile menfaatlerin paylaştırılması hususunda müddetin sınırlı olmasını şart koşmuşlardır.

Sona ermesi: Mekân muhayeesi, zaman muhayeesinde olduğu gibi, ortaklardan birisinin veya her ikisinin ölümü ile sona ermez. Çünkü böyle bir muhayee batıl olacak olsa dahi, yine hemen başlatılması icap eder. Böyle bir şeyi (önce iptal ederek sonradan) yeni baştan başlatmanın ise her hangi bir faydası yoktur. Çünkü her bir ortak ayrıca dilediği zaman onu feshetme hakkına sahiptir. O bakımdan muhayee ancak tarafların ortak mallarını satmalarıyla veya onu sona erdirmek üzere karşılıklı anlaşmaları hâlinde sona erebilir. (4)

1- *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 277; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir*, VIII, 30 vd.; *el-Bedayi*, VII, 32; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 190.
2- *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 276; *Mecelle*, madde 1179.
3- *el-Bedâyi*, VII, 32; *Mecelle*, madde, 1179.
4- *Mecelle*, 1191 nci maddede: "Hisse sahiplerinden birisinin veya hepsinin ölümünün muhayeeyi iptal etmeyeceği" hükmü açıkça ifade edilmiştir.

6. Muhayeeden Sonra Her Bir Ortağın Malik Olduğu Tasarruf

Muhayee üzerinde ittifak sağlandıktan sonra muhayee yapanlardan her birisi o şeyi dilediği şekilde kullanına mülkiyetine sahip olur. Muhayeenin mekân ve zaman muhayeesi olmasında her hangi bir fark yoktur. Zaman muhayeesinde normal olarak mesken olarak kullanmak, binmek ve buna benzer kullanımlar mekân muhayeesinde de normal olarak mesken kullanmak ve buna benzer yollarla kullanmak caizdir.

Mekân muhayeesinde taraflardan her biri muhayee yapılan şeyi ve ondan yararlanma hakkını elde eder. İcare, ariyet olarak verme ve buna benzer yollarla bu hakkını kullanabilir. Akitte bunun şart koşulmuş olması ile koşulmamış olması arasında fark yoktur. Bir tek ev veya iki ev hakkında muhayee yapmış olmaları da durumu değiştirmez. Çünkü muhayee taraflarından her birisi menfaate malik olmuştur. Temlik ve başka yolla onda tasarruf etmek hakkına malik olur. Çünkü mekân muhayeesi bir iare (ödünç vermek) değildir.

Zaman muhayeesinde ise muhayee taraflarından her birinin kendi nöbetinde payını istiğlâl yolu ile (icare, iare gibi yollarla) kullanamayacağı üzerinde -bunu şart koşmadıkları takdirde- Hanefîlerin ittifakı vardır. İstiğlâl hakkı şart koşulan muhayeelerde Hanefîler arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır:

a) Kudurî bu hakka sahip olamayacağını söyler. Çünkü zaman ile muhayeede ariyet manası vardır; ariyet ise başkasına ücret ile kiralanmaz. Tercihe şayan görüş de budur.

b) el-Asl'da İmam Muhammed şöyle demektedir: Bir tek evi mesken olarak kullanmak veya istiğlâl yolu ile kullanmak hususunda muhayee caizdir. Her bir muhayee tarafı, elinde bulunan bu evi başkasına kiraya verebilir. Hanefîler *el-Asl*'da yer alan bu istiğlâl (tasarruf hakkı) ile ilgili nakli, istiğlâlden başka bir şey olmakla tevil etmişlerdir. Çünkü "galle", yani "elde edilen gelir" bir ayn'dır. Muhayee ise ayn'lar dışında kalan menfaatlerin pay edilmesidir. [1]

1- *el-Bedayi*, VII, 23 vd.

GASP VE İTLÂF (TELEF ETMEK)

1. Gasb ve Hükümleri

Kâsânî şöyle demektedir: [1] "Aslı itibarıyla cinayet (başkalarına karşı suç) iki türlüdür: Birisi hayvan ve cansızlara karşı işlenen cinayet, diğeri de insanlara karşı yapılan cinayettir. Hayvan ve cansızlara karşı yapılan cinayet de iki türlüdür: Birisi gasp, diğeri de itlâftır."

Bu iki tür cinayet veya bunların cinayet olduklarına delil olan haksız el koyma ise tazminatın, yahut da başkasının hakkına haksızlık yapma karşılığında malî bedelin ödenmesinin sebeplerinden birisidir. Sâil'in (saldırganın) fiiline karşı konulması bahsi de bu hususlara ek bir konudur. Çünkü genelde saldırganlığın sonucunda telef ve tazminat da söz konusu olur. Buna göre konunun, birincisi gasp ve ilgili hükümleri, ikincisi ise itlâf ve ilgili hükümleri olmak üzere iki başlık hâlinde ele alınması gerekmektedir.

Gasbın haram kılınışı:

Gasbın haram olduğu Kur'an, Sünnet ve icma ile sabittir. [2] Kur'an-ı Kerim'de haram kılınışının delili, yüce Allah'ın şu buyruklarıdır: *"Ey iman edenler! Birbirinizin mallarını batıl yollarla yemeyin. Meğer ki aranızda karşılıklı bir anlaşmadan doğan bir ticaret yolu ile ola."* (Nisâ, 29), *"Aranızda mallarınızı batıl yollarla yemeyiniz ve bilip dururken insanların mallarından bir kısmını günah ile yemeniz için onları hakimlere (rüşvet gibi batıl yollarla) aktarmayın."* (Bakara, 188)

Sünnetteki deliline gelince; Hz. Peygamber'in şu buyruklarıdır: *"Bu günde, bu ayınızda ve bu beldenizde kanlarınız, mallarınız birbirinize haramdır."* [3]

1- *el-Bedâyi'*, VII, 233.

2- *el-Muğnî*, V, 220; *Keşşâfu'l-Kınâ'*, IV, 83.

3- Bu hadisi Buharî ve Müslim Ebu Bekre (r.a.)'den, Müslim Hz. Cabir'den rivayet etmişlerdir. Buna

"Müslüman bir kimsenin malı (başkasına) ancak gönül hoşluğu ile helâl olabilir." [1] *"Kim haksızlıkla bir araziden bir karış alırsa, kıyamet gününde o arazinin yedi katı onun boynuna dolanır."* [2] *"El (inde bulunduran kişi) onu eda edinceye kadar aldığı şey kendi aleyhinedir."* [3] Ve buna benzer diğer hadis-i şerifler.

Gasbın haramlığı, onun hırsızlık nisabına ulaşmasa dahi büyük bir günah olduğu üzerinde alimler icma etmişlerdir.

Gasbın tarifi:

Sözlükte gasp, açıktan açığa haksızca veya zorla (kahren) almaktır. Şer'î bakımdan ise gasp fakihler tarafından bir takım farklarla tarif edilmiştir. Buna göre gasbın mezhepler tarafından tarifleri şu şekildedir:

Hanefîlere göre: [4] Gasp: Malikinin izni olmaksızın, malikinin sahipliğini ortadan kaldıracak şekilde, muhterem (saygı duyulması gereken) ve mütekavvim (değer taşıyan) bir malı almak demektir.

"Malın alınması" hem gasp edileni, hem başkasını kapsadığından "mütekavvim (kıymet taşıyan ifadesi)" şarap ve domuz gibi mütekavvim olmayan malları kapsam dışına bırakmak içindir. "Muhterem (saygı duyulması gereken)" ifadesi ise harbînin malını kapsamının dışında bırakmak içindir. Çünkü harbînin malı muhterem değildir.

"Malikinin izni olmaksızın" ifadesi ile de hakkında izin verilmiş olan mallar kapsam dışında bırakılmak istenmiştir. Her hangi bir akit ile mübadelenin gerçekleştirildiği hibe edilmiş mal ve diğerlerinde olduğu gibi. Diğer bir kayıt olan "malikin sahipliğinin ortadan kaldırılması" kaydı ise, Hanefîlerce gasbın manasının tasavvuru için kaçınılmaz bir ifadedir. O bakımdan gasp edilenin yavru ve meyve gibi fazlalıkları Hanefîlerce tazminat altında kabul edilmez. Buna göre istihdam ve yük vurmak da bir gasp kabul edilir. Çünkü bu, malda bir tasarruftur. Ancak meselâ, kilim veya halı üzerinde oturmak gasp olarak kabul edilmez. Çünkü serme işi malikin bir fiilidir. Oturmak ise malikin o halı veya kilim üzerindeki sahipliğini ortadan kaldırmaz.

O halde bu tarife iki ayrı kaydın daha eklenmesi lazımdır. Bunlar ise evvela; "açıktan açığa olması" kaydıdır ki, bununla gizlice yapılan hırsızlık kapsam dışında

---

göre Peygamber (a.s.) Mina'da kurban kesme günü yaptığı konuşmasında böyle buyurmuştur. *Sübülü's-Selâm,* III, 73.

1- Ebu İshâk el-Cuzecanî rivayet etmiştir. Darekutnî de Enes'ten ve Amr b. Yesribî'den rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 316; *Nasbu'r-Râye,* IV, 169.

2- Ahmed, Buharî ve Müslim tarafından Saîd b. Zeyd'den rivayet edilmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 317.

3- Bu hadisi Ahmed ve dört *Sünen* sahibi rivayet etmiş olup Hakim, Semure b. Cundub'den rivayetinin *sahih* olduğunu söylemiştir. *Sübülü's-Selâm,* III, 67.

4- *Tekmiletu'l-Feth ma'al-İnâye,* VII, 361 vd.; *el-Kitâb, ma'a'l-Lübâb,* II, 188.

bırakılmaktadır. İkincisi ise, "şayet elinde bulunmuyor ise, elini (tasarruf yetkisini) kasretmesi (yetkisini daraltması)" kayıtlarıdır.

Buna göre gasbın tarifi şu şekilde olur: "Bir kişinin, sahibinin elinde bulunan kıymet taşıyan mütekavvim ve saygı duyulması icap eden (muhterem) bir malı, onun sahipliğini ortadan kaldıracak veya elinde bulunmuyor ise sahipliğini kasredecek (mülkiyet ve yetkisini daraltacak) şekilde, sahibinin izni olmadan açıkça alması demektir." Böylelikle müstecirden (ücretle kiralamış olandan) yahut mürtehinden (rehin almış olandan) veya vedi'den (yanında emanet olarak bırakılmış olandan) alınanları da tarif kapsamına almış oluyor. Çünkü bu kimselerden almak, malikin elinde bulunmasa dahi, gasptır. Bu durumda gasp eden kişi malikin malında tasarrufunu sınırlandırmış olur. Yani o malikin kendi malında tasarruftaki yetkisini kayıtlamış bulunmaktadır. Artık malın sahibi tasarrufta kadir olmaktan çıkmıştır.

Malikîlere göre: [1] Gasp: "Bir malı kahren düşmanlık yoluyla ve fakat yol kesip çarpışmasız almak" demektir. Tarifte sözü geçen "malı almak", malı ele geçirmeyi ifade eden ve gasbı veya başka türlü almaları da ifade eden bir terimdir. Bir kimsenin vedi'in (kendisine emanet bırakılan kimse) veya başka kimselerin yanındaki malını alması gibi, "Mal" kelimesi ile zatlar, yani maddî ayn'lar anlatılmak istenir. Böylelikle bu tarifte "teaddi (düşmanlık)" ifadesi ilave edilmiştir. Bu kelime, mesela bir evde sakin olmak, bir bineğe binmek gibi menfaatleri ele geçirmek demektir: "Kahren" kelimesi ile de hırsızlık ve buna benzer işler kapsam dışına çıkartılmak istenmiştir. Çünkü hırsızlık yoluyla alınanlarda kahr söz konusu değildir. Her ne kadar bundan sonra kahr söz konusu olsa bile başlangıçta, yani fiil esnasında yoktur. Aynı şekilde kullanılan bu tabirler, ariyet (ödünç) olarak alınmış ve hibe edilmiş ve isteyerek alınmış olan şeyleri kapsamın dışında bırakmak içindir. "Teaddiyen" ifadesi ile, haklı olarak kahren alınan şeyler kapsamın dışına bırakılmıştır. Meselâ, bilerek borcunu savsaklayan bir borçludan tahsil edilen veya gasp eden kimseden alınan hakta olduğu gibi; zekatını ödemeyen kimseden zorla zekâtın alınması ve buna benzer durumlarda zorlama yoluyla alınan şeyler hak ile alınmıştır. "Çarpışmasız (hirâbesiz)" sözü ile savaşmaksızın olması kastedilmektedir ki, böylelikle çarpışarak alınanlar kapsamın dışında bırakılmış olmaktadır. Çünkü hirabenin hakikati ile, gasbın hakikati birbirinden farklıdır.

Bu tariften açıkça şu anlaşılmaktadır: Malikîlere göre gasp, daha özel, teaddî ise daha genel bir manaya sahiptir. Çünkü teaddî mallarda, ırzlarda, can ve bedenlerde söz konusu olur. Can ve bedenlere teaddî ya cinayetler yahut da yaralamalarla kısas bahislerine girer. Gasp bir şeyin kendisini almak, teaddî ise menfati almaktır.[2]

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 442, 459.

2- *Gasp* ile *teaddî* arasında başka bir takım farklar da vardır. Mesela, gâsıbın önemsiz fesatları, malikin lehine dilediği takdirde gasp edilenin kıymetini almasını gerektirir. Teaddi edenin basit

Mallarda teaddi (tecavüz) dört türlüdür: (1)

a) Rakabenin, yani bir şeyin bizzat kendisinin alınması. Bu açıkça gasptır.

b) Rakabe dışında sadece menfaatin alınması. Bu da gasbın bir türüdür, mutlak olarak bunda kira ödenmesi icap eder.

c) Hayvanı öldürmek yahut bir elbiseyi tümüyle yakmak veya yırtmak, ağacı kesmek, camı kırmak, dinar, dirhem ve yiyeceklerin telef edilmesi ve buna benzer yollarla eşyanın telef edilmesi suretiyle tüketilmesi.

d) Bir adama ait bir dükkanı açık bırakarak hırsızlık yapılmasına yahut bir kuşun kafesini açarak onun uçmasına, bir bineğin yularını çözerek kaçmasına, rüzgarlı bir günde ateş yakarak bir şeyin yanmasına veya teaddiyen bir kuyuyu açıp oraya bir insan veya bir hayvanın düşmesine, bir belgeyi yırtarak orada yazılı bulunan hakların zayi olması gibi sonuçlara sebebiyet verecek şekilde telefe sebep olmak gibi.

Sözü geçen hususlardan her hangi birisini yapan kişi tükettiği, telef ettiği veya telef olmasına sebep olduğu şeylerin tazminatını öder. Yapılan işin kasten veya hata yoluyla olması arasında da fark yoktur.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: (2) "Gasp, başkasına ait (mal veya ihtisas gibi) bir hakkı haksızlıkla, yani haksız yere tecavüz yoluyla veya kahr yoluyla ele geçirmektir."

Bu tarif kıymet taşıyan malları, menfaatleri ve tahcîr (yani sınırlarına taşlar koymak suretiyle mevat 'ölü' araziyi ihya etmek gibi) haklar türünden olan ihtisasların (özel hakların) alınmasını kapsadığı gibi, zimmîye ait olan şarap gibi kıymet taşımayan malların ve köpek, gübre, meytenin derisi gibi mal olmayan şeylerin alınmasını da kapsamaktadır.

Gasbın tanımında fakihlerin ihtilâf etmelerinin sonuçları:

Gasbın hangi şartlarda gerçekleşeceği hususunda fakihler farklı iki görüşe sahiptirler:

Ebu Hanîfe ile Ebu Yusuf'a göre: (3) Gasp, malikin mütekavvim olan malı üze-

fesatları ise sadece bundan dolayı meydana gelen eksikliğin bedelini almayı gerektirir. Bir diğer farka göre, teaddide bulunan kişi tabiî afetin tazminatını ödememekle birlikte, gâsıp bunu öder. Diğer taraftan teaddide bulunan, kilitlediği bir ev ve ekinini berbat ettiği bir arazide olduğu gibi, işlemez hale getirdiği şeyin ve hapsettiği bineğin gelirinin tazminatını ödemekle birlikte, gâsıp sadece kullandığının gelirinin tazminatını öder. *eş-Şerhu'l-Kebîr, Desukî Haşiyesi* ile, III, 459 vd.

1- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 331 vd.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 275; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 83; *el-Muğnî,* V, 220.

3- *el-Bedâyi',* VII, 143; *Tekmiletu'l-Feth,* VII, 368; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 224.

rindeki hakkını açıkça veya galebe çalmak suretiyle, maldaki bir fiil yolu ile ortadan kaldırmaktır. Yani gasp, ancak iki durum ile gerçekleşir: Birisi gasp edenin malı elde etmesi, diğeri de malikin hakkının taşımak veya tahvil etmek suretiyle yok edilmesidir. Bu hususta onların kullandıkları ifade şöyledir: Gasp iki nitelik ile gerçekleşir: Malın, haksızlık yapanın eline geçmesi ve hak sahibinin elinden çıkması.[1]

Cumhura göre: [2] Aralarında üç mezhebin, Hanefîlerden de İmam Muhammed ve Züfer'in bulunduğu fakihlerin cumhuru da şöyle demektedir: Gasp, mücerret istilâ ile, yani başkasının malının, onun izni olmaksızın ele geçirilmesi ile gerçekleşir. Malikin tasarruf imkanının yok olması şartı da yoktur. Başkasının malını istila etmekten veya malını almaktan maksat ise, fiil ile hissedilen istila veya almaktır. Bunun için de mal ile sahibi arasında engel teşkil etmek, -sahibinin o malı koyduğu yerde bırakmış olsa dahi- yeterlidir.

Bu iki görüş ayrılığının etkisi, akarın gasp edilmesinde ve gasp edilenin artışları ile menfaatlerinde ortaya çıkar. Aynı şekilde Hanefîlerin gasp edilen malın, kıymet taşıyan bir mal olmasını şart koşmaları şeklindeki görüş ayrılığının etkisi, kıymet taşımayan malın gasbında da ortaya çıkar.

a) Akarın gasp edilmesi: Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre gasp ancak taşınır mallar hakkında düşünülebilir. [3] Çünkü onlara göre gasbın manasının kendisi ile gerçekleştiği nakil veya yerini değiştirmekle malikin hakkının yok edilmesi ancak nakledilebilir şeylerde gerçekleşebilir. Arazi ve ev gibi akarlarda ise gasbın varlığı düşünülemez. Çünkü bu gibi şeylerin nakil veya yerlerinin değiştirilmesi imkânı yoktur. Bir kimse bir akarı gasp edecek olsa ve bu yer mesela, sel altında kalmak gibi semavî bir afet ile elinde iken telef olacak olsa, Ebu Hanîfe ile Ebu Yusuf'a göre onun tazminatını ödemez. Çünkü burada malikin mal üzerindeki hakkı yok olmakla gasp gerçekleşmemektedir. Çünkü akar yerindedir, nakledilmemiştir. Dolayısıyla malik ile malı arasında engel teşkil edip malın telef olması haline benzer. Şayet bu telef mesela, yıkmak gibi gasp edenin bizzat fiili ile olmuş ise, onun tazminatını öder. Çünkü gasp akarda tahakkuk etmediğine göre burada telef etmek nazar-ı itibara alınır.

Hanefîlerden İmam Muhammed ile Züfer ve diğer üç mezhebin imamları ise

---

1- Burada *"el* (yed)" ile anlatılmak istenen, tasarrufa kadir olmaktır. *"Elin olmaması"* ise tasarrufa kudretin bulunmaması manasınadır. *Tebyinü'l-Hakâik,* aynı yer. *Yed-i âdiye* (şeddesiz ye ile) ise, teaddide (haksızlıkta) bulunan el değil, tazminatı ödeyen el demektir.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 442; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 275; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 83. Vakıf hususunda İmam Muhammed ile Züfer'in görüşüne göre ve vakfın dışında ise Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'un görüşüne göre fetva verilir.

3- *el-Bedâyi',* VII, 45 vd.; *el-Lübâb,* II, 189; *Tekmilletu Fethi'l-Kadîr,* VII, 368; *Tebyinu'l-Hakâik* V, 224.

şöyle demektedirler: [1] Arazi ve ev gibi akarların gasbı düşünülebilir ve bu durumda gasp edenin onların tazminatını ödemesi icap eder. Çünkü Hanefîlerin dışında kalanlara göre, gaspın manasının gerçekleşebilmesi için, gasp edenin -ikamet etmek, eşyalarını koymak veya başka bir yolla- eşya üzerinde tasarrufu yeterlidir ve buna bağlı olarak malikin tasarruf imkanı ortadan kaldırılmış olur. Çünkü tek yerde ve aynı durumda iki ayrı tasarrufun bir arada bulunmasına imkân yoktur. İmam Muhammed ve Züferin de ön gördükleri ilke, bu durumda gerçekleşmektedir. O da malikin tasarruf imkânının ortadan kaldırılıp gasp edenin bu imkanı elde etmesidir. Bu iki niteliğin gerçekleşmesi ise gasp demektir. O halde gasbın düşünülebilmesi için ön görülen iki niteliğin gerçekleştirilmesi bakımından akar da bu durumda menkul (taşınır) mal gibi olur.

Diğer taraftan telef yolu ile tazminatı ödenen şeyin gaspta da tazminatının ödenmesi icap eder. Akar ile menkul aynı şekilde tazminat altındadır. Yine satış halinde tazminatı ödenen şeyin gaspta da tazminatı ödenir. Ayrıca gasptan gözetilen gaye -bu da haksızca menfaat sağlamaktır- menkulde bulunduğu gibi, akarda da bulunmaktadır.

Sözü geçen bütün bu hususları Peygamber (a.s.)'in şu buyruğu da pekiştirmektdedir: *"Her kim zulmederek (başkasına ait) bir karış arazi alacak olursa, Allah o arazinin yerin yedi katına kadar olan bölümünü onun boynuna dolayacaktır."* [2] Bu hadisin bir başka lafzında da: *"Her kim bir karış araziyi gasp ederek alırsa...'* denilmektedir. İşte bu buyruk, akarda da gasbın gerçekleşeceğinin delilidir. Çünkü Peygamber (a.s.) böyle bir işe "gasp" adını vermiş bulunmaktadır.

Daha tercihe şayan olan görüş de budur.

b) Gasp edilenin artışı veya tabiî artış (nema): Her hangi bir art niyet söz konusu olmaksızın, gasp edilenin artışları telef olduğu takdirde tazminatı ödenmez. Bu gibi artışlar, Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'un görüşüne göre gasp edenin elinde bir emanettir. [3] Bu artışlar ister yavru, süt ve meyve gibi ayrı olsun, isterse semirme ve güzellik gibi gasbedilene bitişik olsun değişen bir şey yoktur. Çünkü onlara göre gasp -açıklamış olduğumuz gibi- malikin tasarruf imkanını yok edecek şekilde başkasının malını ele geçirmektir. Malın sahibi bu artış neticesi meydana gelen mallara daha önceden malik değildi. Onun için de bu fazlalık üzerindeki tasarruf hakkının yok edilmesinden bahsedilmesi gereksiz olur. Yani malikin tasurruf imkanının ortadan kalkması akarın gasbında gerçekleşmediği gibi, burada da gerçekleşmemektedir.

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 433; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 311; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 275 vd.; *el-Muğn* V, 223; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 83 vd.

2- Ahmed, Buharî ve Müslim, Aişe (r.anha)'den rivayet etmişlerdir.

3- *el-Bedâyi',* VII, 143, 160; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 143; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 388; *el-Lübâb,* II, 194.

Şayet gasp eden kişi telef etmek, yemek veya satmak ya da maliki onu istediği halde vermeyip engellemek suretiyle bu fazlalığa her hangi bir tecavüzde bulunacak olursa, tazminatını öder. Çünkü o, tecavüz ve malikinden men etmek suretiyle gâsıp olmuş olur.

Daha tercih edilen görüşlerinde Malikîler şöyle demektedirler: [1] Allah'ın fiili ile meydana gelen artış, yağ ve büyüme gibi gasp edilene bitişik olup ayrı değil ise, gâsıp aleyhine tazminat altında olmazlar. Şayet bu artış, gasp edilenden ayrı ise, gasp eden kişinin kullanımından başka sebeplerden dolayı meydana gelmiş olsa dahi -süt, yün, ağacın meyvesi gibi- bunlar telef oldukları veya tüketildikleri takdirde gâsıbın aleyhine tazminat altındadır. Bu gibi şeylerin asıl gasp edilen ile birlikte sahibine verilmesi icap eder.

Hanefîlerden İmam Muhammed ile Şafiîler ve Hanbelîler şöyle demektedirler: [2] İster yağ ve buna benzer şeylerde olduğu gibi bitişik, ister ağacın meyvesi, hayvanın yavrusu gibi ayrı olsun, gâsıbın elinde gasbedilenin artışları, gâsıbın elinde her hangi bir miktarları telef olacak olursa, tazminat altındadır. Çünkü tazminat ödemesi gereken ve haksız yolla bulunduran el, fiilen sabit olmuştur. Zira aslın elde tutulması, bu artan şeyler üzerinde de elinin sabit olmasına sebep teşkil etmiştir. Esasen aslı elinde bulundurması da mahzurlu (yasak)'dur.

c) Gasp edilenin menfaatleri ve geliri:

Hanefîlere göre: [3] Gâsıp, gasp ettiğinin -bineğe binmek, evde sakin olmak gibi- menfaatlerinin tazminatını, o bu menfaatleri ister ele geçirmiş olsun, isterse tümüyle menfaat sağlamamış olsun ödemez. Çünkü Hanefîlere göre menfaat bir mal değildir. Diğer taraftan gâsıbın elinde iken meydana gelen menfaat, malikin elinde bulunmamakta idi. Dolayısıyla malikin o menfaat üzerindeki hakkının ortadan kalkması söz konusu olmadığından, bu menfaat üzerinde gasbın manası gerçekleşmemektedir.

Bu hüküm, Hanefîlerin müteahhir alimlerinin tercihlerine göre ecr-i mislin gerektiği üç yerin dışında söz konusudur. Fetva da bu konuda müteahhir alimlerin görüşlerine göredir. Müstesna olan hususlar ise, gasp edilen şeyin vakıf olması, bir yetime ait olması yahut da sahibi tarafından bina edilmek veya bina maksadıyla satın alınmak suretiyle kullanılmak üzere hazırlanmamış olmasıdır.

Şayet gasp edilen şeyin kendisinde, gâsıbın kullanması sonucu bir eksiklik ortaya çıkarsa, o eksikliğin bedelini öder. Çünkü o -ileride açıklayacağımız gibi- gasp

---

1- *Bidayetü'l-Müctehid,* II, 313; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 596; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 448, *Şerhu'r Risâle,* II, 220.

2- *el-Bedâyi',* VII, 145; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 144-145; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 394; *el Lübâb,* II, 195.

3- a.g.y.

edilen ayn'ın cüzlerinin bir kısmını tüketmiş bulunmaktadır.

Gasp edilenin gelirine gelince; -açıklayacağımız gibi- Ebu Hanife ve Muhammed'in görüşüne göre bunlar gâsıp için helâl değildir. Çünkü başkasının mülkiyetinden menfaat sağlamak gâsıba helal değildir. Ebu Yusuf ile Züfer'e göre ise helâldir.

Meşhur görüşlerinde Malikîler de şöyle demektedirler: (1) Gâsıp, kullanılan malın gelirini öder. Yani gâsıp, kullanmış olduğu bizzat gasp edilenin gelirinin tazminatını öder. Gasp edilen ister mesken olarak kullandığı bir ev veya bir arazi yahut ektiği veya kiraladığı arazi türünden bir akar olsun, isterse de kiraya verdiği veya kullandığı hayvan veya başka türden bir menkul olsun, değişen bir şey olmaz. Kullanmaksızın meydana gelen şeylerin tazminatını ise ödemez. Onun işleyişinde bir aksaklık meydana getirecek olursa bu da sahibinin aleyhine olur (yani bunun tazminatını ödemez).

Bu durum zatın gasbı halinde söz konusudur. Şayet gâsıp, menfaati gasp etmiş ise (ki bu da açıklamış olduğumuz gibi onlara göre tecâvüz halidir), o takdirde mislinin kirasını ödemesi lâzımdır.

Netice olarak, gâsıp sadece kullandığının gelirinin tazminatını öder. Teaddi eden ise, işlemez hale getirdiğinin gelirinin tazminatını öder. Kilitlediği bir ev, ekinini bozduğu arazi ve alıkoyduğu binek gibi. Nitekim daha önce de bunu açıklamıştık.

Şafiîlerle Hanbelîler de şöyle demektedirler: (2) Gâsıp gasp edilen şeyin menfaatinin tazminatını öder. Bu durumda ona ecr-i misil düşer. Onun bizzat bu menfaatleri ele geçirmiş olması ile faydalanmaksızın olduğu gibi bırakması arasında fark olmadığı gibi, gasbedilenin ev gibi akar olması ile kitap, hayvan ve buna benzer menkul olması arasında da fark yoktur. Çünkü menfaat, kıymet taşıyan bir maldır. Dolayısıyla bizatihi gasp edilen ayn'ın durumunda olduğu gibi tazminatının ödenmesi icap eder. Bu görüş adalete daha uygundur. Ayrıca maddiliğe ve eşyalara kıymet vermeye yönelik olan çağımızın şartlarına da uygundur. Hatta çağımızda edebî veya zihnî faaliyetlere bile ayrıca kıymet biçilmektedir.

d) Mütekavvim (Kıymetli) Olmayanın Gasp Edilmesi:

Hanefilere göre: (3) Gâsıp, müslümana ait şarabı veya domuzu gasp etse ve elinde telef olsa yahut tüketse veya şarabı sirkeye dönüştürse -gasp eden ister Müs-

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 448; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 595 vd.; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 315; *Şerhu' Risâle,* II, 240.

2- Muğni'l-Muhtâc, II, 486; *el-Mühezzeb,* I, 367; *Fethu'l-Azîz,* XI, 262; *el-Muğnî,* V, 270; *el Kavâid,* İbn Receb, 213.

3- *el-Bedâyi',* VII, 147 vd., 162 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 147-149; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII 396-405; *el-Lübâb,* II, 195; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 222.

lüman olsun ister zimmî olsun- bunların tazminatlarını ödemez. Çünkü şarap müslüman için kıymet taşıyan bir mal değildir ve dökülmesi icap eder. Domuz da aynı şekilde Müslüman için kıymet taşıyan bir mal değildir. Şu kadar var ki, eğer gâsıp Müslümana ait olan şarabı sirkeye dönüştürdükten sonra tüketecek olursa, onun misli olan sirkeyi tazminat olarak öder; şarap olarak değil. Çünkü gasp, bu şekilde varlığı sırasında tazminatın vücubu için bir sebep olarak ortada değildir. Eğer onu tüketecek olursa, o takdirde tazminatının sebebi onun tarafından ortaya konulmuş olur ki, bu da kendisinden gasp edilenin mülkü olan sirkeyi telef etmek olduğundan tazminatını öder. Aynı şekilde gâsıp, tabaklaması hâlinde meytenin derisinin de tazminatını öder. Ve bu durumda onun ödemesi gereken tazminat sadece tabaklama dolayısı ile meydana gelen artıştır. Çünkü böyle bir deri tabaklamak suretiyle kıymet taşıyan bir mal olmuştur.

Zimmîye ait şarap veya domuz telef edildiği takdirde Müslüman olsun, zimmi olsun tazminatını öder. Çünkü şarap da domuz da zimmet ehli için kıymet taşıyan bir maldır. Bizim için sirke ne ise onlar için de şarap odur. Domuz da onlara göre bizim koyunlarımız gibidir. Çünkü müslümanların lehine olan, zimmilerin de lehinedir; Müslümanların aleyhine olan, onların da aleyhinedir. Ayrıca bizler onları dinleri ile başbaşa bırakmakla emrolunmuşuzdur. [1] Bu bakımdan onlar şarap ve domuz satma konularında da serbest bırakılırlar. Şu kadar var ki misliyattan olmakla birlikte, Müslümanın ödemesi gereken o şarabın kıymetidir. Çünkü Müslümanın şarabı mülk edinmesi yasaklanmıştır. Müslüman olmayan kimsenin ise şarabın mislini teslim etmesi caiz olur. Çünkü Müslüman olmayanın şarabı mülk edinmesi ve satış ve başka yollarla da başkasına temlik etmesi caizdir.

Meyte ve kanın ise -bunlar zimmîye ait olsalar dahi- gasp sebebiyle tazminatları ödenmez. Çünkü bunlar bir mal değildir ve hiçbir dinde bunların mal edinilmesi de söz konusu değildir. Aynı şekilde kesilirken üzerinde kasten Allah adı anılmamış hayvanın da tazminatı ödenmez. İsterse böyle bir şekilde kesmeyi mübah kabul eden -ki bunlar Şafiîlerdir- kimsenin mülkü olsun.

Müslüman, bir Hıristiyan'dan gasp edip elinde telef olan haçın kıymetini tazminat olarak öder. Çünkü Hıristiyan kendi dini ile başbaşa bırakılır.

Ebu Hanife'ye göre, müslümana ait davul, zurna, def ve buna benzer müzik ve eğlence aletlerinden birisini kıran kimse, bunların tazminatını öder. Çünkü bunlar helâl olmayan hususlarda -şarkıcının kullanmasında olduğu gibi- kullanılmakla birlikte, eğlencenin dışında helâl bir takım yollarla da kullanılmaya elverişli mallardır. Bu gibi mallara her hangi bir tecavüzde bulunulduğu takdirde, bu aletlerin

---

1- Bu, Ali b. Ebu Talib (k.v.)'den rivayet edilmiştir. O şöyle demiştir: *"Onlar cizyeyi kanları bizim kanlarımız, malları da bizim mallarımız gibi olsun diye vermişlerdir. Buna karşılık biz de onları dinleriyle başbaşa bırakmakla emrolunduk." Nasbu'r-Râye,* IV, 369; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 398.

eğlence aracı dışında kullanılmaya elverişli olarak biçilmiş kereste olarak kıymetlerinin tazminatını öder. Yani işlenmeden önceki kıymetlerinin tazminatı söz konusudur.

Ebu Yusuf ile Muhammed'e göre ise, eğlence aletlerinin tazminatı yoktur. Çünkü bu gibi aletler masiyet ve günahlar için hazırlanmıştır. Dolayısıyla şarap gibi bunların kıymet taşımaları da batıldır. Diğer taraftan Şer'an bunların telef edilmeleri de icap eder. Bu gibi aletleri telef eden bir kimse Şeriatin emrettiğini yerine getirmiş olacaktır. O bakımdan imamın (İslâm devlet başkanının) izni ile bir işi yapması halinde olduğu gibi, bu durumda da tazminat ödemesi gerekmez.

Malikîlere göre: [1] Onlar da Hanefîler gibi şöyle demektedirler: Müslümana ait şarabın veya domuzun tazminatı yoktur. Onlara ait eğlence aletlerinin ve putların da tazminatı ödenmez. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Allah da, Resulü de şarabın, meytenin, domuzun ve putların satışını haram kılmıştır."* [2] Diğer taraftan bunların bir kıymetleri yoktur; kıymeti olmayan şeyin tazminatı da olmaz.

Gâsıp, zimmîye ait olan şarabın -tecavüzde bulunduğundan dolayı- tazminatını öder. Çünkü şarap Müslüman olmayanlara göre saygı duyulması gereken bir maldır. Onlar şarabı mal olarak edinirler. Müslümana ait olan şarap sirkeye dönüşse, şarabın sahibi olan kişi ya onu sirke olarak alır veya miktarını biliyor ise onun misli kadar üzüm şırası olarak alır. Bilmiyor ise kıymetini alır. Müslüman olmayanın şarabına gelince, sahibi gasp edildiği günkü kıymeti ile sirke olarak almak arasında muhayyer bırakılır. Malikîlerce fetvaya esas olan görüşe göre durum böyledir.

Gasp edilen tabaklanmamış yahut da tabaklanmış bir meyte derisi yahut edinilmesine izin verilmiş av köpeği veya çoban köpeği veya bekçi köpeği olur da, gâsıp bunu telef edecek olursa, derinin veya köpeğin satışı caiz olmasa dahi kıymetlerini öder.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [3] Telef eden kişi ister Müslüman, ister zimmî olsun; telef edilen de ister Müslüman, ister zimmîye ait olsun, domuzun ve şarabın tazminatı ödenmez. Çünkü bunların da kan, meyte ve diğer necis ayn'lar ile kendilerinden yararlanılması haram kılınmış şeyler gibi kıymetleri yoktur. Bu bakımdan onların bedelleri de tazminat yoluyla ödenmez. Çünkü Resulullah (a.s.) bunların satışını haram kılınış ve dökülmelerini emretmiştir. Satışı ve mülk edinilmesi helâl

---

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr ve Desukî Haşiyesi,* II, 204, III, 447; *eş-Şerhu's-Sağir,* III, 592 vd.

2- Buharî ve Müslim, Hz. Cabir'den Mekke'nin fethi günü ile ilgili hadisten bir parça olarak rivayet etmişlerdir.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 285-291; *Fethu'l-Azîz,* XI, 258; *el-Muğnî,* V, 256, 276; *el-Mühezzeb,* I, 374; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 84 vd.; *el-Mizân,* II, 90.

olmayan şeyde de tazminat yoktur.

Aynı şekilde putların ve eğlence aletlerinin telef edilmesi ile de onlara göre tazminat söz konusu değildir. Şu kadar var ki Şafiîler, Ebu Hanife'nin de söylediği gibi sadece biçilmiş tahta parçası olarak tazminatlarının ödenmesini caiz kabul ederler. [1] Ancak bunun için mübah olan bir şekilde kendilerinden faydalanılmaya elverişli olmaları da şarttır. Eğer böyle bir iş için elverişli değil iseler telef edenin her hangi bir tazminat ödemesi gerekmez. Çünkü o, kıymeti olan bir şeyi telef etmiş değildir.

Fakat zimmînin şarabı, gâsıbın yanında hâlâ mevcut ise ona geri vermek icap eder. Çünkü zimmînin şarap içmesine müdahale edilmez. Eğer Müslüman bir kimseden şarabı gasp etmiş ise, Hanbelîlere göre onun geri verilmesi lâzım değildir, dökülmesi icap eder. Çünkü mü'min, yanında şarap bulunduramaz. Şayet kişi sirke yapan bir esnaf değil ise, şarabın Müslümana geri verilmesi haram olur. Çünkü olduğu gibi ona verilecek olunursa, kendisi için haram olan bir işte ona yardımcı olunmuş olur.

Şafiîler bu konu ile ilgili olarak meseleyi etraflı bir şekilde ele alıp şöyle demişlerdir: Muhterem (mülkiyetine saygı duyulması gereken) içecek [2] Müslüman'dan gasp edilmesi halinde, ona geri verilir. Muhterem olmayan içecek ise geri verilmez, aksine dökülür.

Birisi bir meyve suyu gasp etse, ondan sonra bu şaraba dönüşse, daha sonra da sirkeye dönüşse, Şafiîlerce esas olan görüşe göre sirke malike aittir ve gâsıbın da meyve suyu olarak kıymetinden eksilenin bedelini öder. Elbette ki, sirke olarak kıymeti meyve suyu olarak kıymetinden daha az olursa böyledir. Bu kıymet ödemenin sebebi ise eksilmenin, elinde olduğu sırada meydana gelmiş olmasıdır. Hanbelîler ise, o meyve suyunun mislini ödemesi gerekir, demişlerdir.

Bir meytenin derisini gasp edip onu tabaklasa, Şafiîlerce esah görülen görüşe göre deri, sirkeye dönüşen şarapta olduğu gibi, kendisinden gasp edilene aittir. Her ikisi de, ellerinde telef oldukları takdirde onların tazminatını öder. Hanbelîler de şöyle demektedir: Necis olan bir meytenin derisini gasp edecek olsa, onu tabaklayacak dahi olsa, gâsıbın onu geri vermesi lâzım değildir. Çünkü Hanbelîlere göre tabaklamak suretiyle deri temizlenmiş olmaz ve hiçbir kıymeti yoktur. Çünkü onun satışı sahih değildir.

Gasba dair hükümler:

Gasbın üç hükmü vardır: Başkasının malı olduğunu bilen kimsenin günahkâr

1- Bu konuda Şafiîlerin ifadesi şöyledir: "Telef eden kişinin, aletin birbirinden ayrılmış ve kırılmış olması halleri arasındaki kıymet farkını ödemesi lâzımdır."

2- Muhterem içecek, şarap yapmak maksadıyla sıkılmayan meyve suyudur. İster sirke yapmak kastı ile sıkılmış olsun, ister belli her hangi bir maksat olmaksızın sıkılmış olsun, durum böyledir.

olması, mevcut olduğu sürece bu gasp edilen şeyin aynı ile reddedilmesi, telef olması halinde ise tazminatının ödenmesi. (1)

1- Günah kazanmak:

Gasp ettiği şeyin başkasına ait olduğunu bilmesi halinde kişi, ahirette sorguya çekilmeyi hak eder. Çünkü böyle bir iş masiyettir. Kasten masiyeti, günahı işlemek ise sorumlu tutulmayı gerektirir. (2) Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Her kim (başkasına ait) araziden bir karış kadar bir yer gasp edecek olursa, Allah kıyamet gününde onu yedi kat ile boynuna dolar."*

Hanefîlerle Malikîlere göre: (3) Küçük ya da büyük olsun, mümeyyiz olan gâsıp, dövülerek veya hapsedilerek tedip edilir. Çünkü bunda Allah'ın hakkı vardır. Kendisinden gasp edilen kişi, onu affetse bile durum böyledir. Verilecek olan tedip cezası, hakimin ictihadı ile tayin edilir ve bu cezadan maksat da fesadı önlemek, kişinin durumunu ıslah etmesini sağlamak, onu ve benzerlerini böyle bir işe kalkışmaktan alıkoymaktır. Mümeyyiz olmayan küçük ve deli ise ta'zir edilmez. Şafiîler de aynı şekilde. (4) Allah'ın hakkı sebebiyle gâsıbın tazir edileceğini açıkça ifade etmişlerdir. Bu tazirin yerine getirilmesi ise imamın yetkisi içerisindedir.

Şayet gasp, bir şeyi kendi mülkü zannetmek suretiyle bilmeyerek meydana gelecek olursa, bundan dolayı günah da sorumluluk da yoktur. Çünkü bu bir hatadır. Hata sebebiyle ise Şer'an bir sorumluluk söz konusu değildir. Zira yüce Allah: *"Rabbimiz! Unutur veya hata edersek bizleri sorumlu tutma!"* (Bakara, 286) buyurmuştur. Peygamber (a.s.) de şöyle buyurmuştur: *"Hata, unutmak ve zorlandıkları şey (in günahı) ümmetimden kaldırılmıştır."* (5) Şu kadar var ki böyle bir durumda son iki hüküm yani mevcut olması halinde gasp edilenin ayn'ının iade edilmesi, telef edilmesi halinde ise tazminatının ödenmesi hükmü baki kalır.

2- Mevcut olması halinde gasp edilenin ayn ile geri verilmesi:

Bununla ilgili olarak geri vermenin vacip oluşunun sebebi, reddin şartı, yeri ve

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 126; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 330; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 277; *el-Mugnî,* V 259 vd.

2- İnsanların mallarını batıl yollarla almak on türlüdür ve hepsi de haramdır. Bununla birlikte haklarındaki hüküm farklıdır: 1- Hirâbe (yol kesmek), 2- Gasp, 3- Hırsızlık, 4- İhtilâs, (çarpmak, yankesicilik) 5- Hiyânet, 6- Zillete düşürmek yoluyla, 7- Hakkı inkâr etmek veya batıl iddiada bulunmak suretiyle husumette haddi aşmak, 8- Satranç ve zar gibi kumar oyunları, 9- Rüşvet (Bunun alınması da verilmesi de helâl değildir), 10- Alışverişlerde aldatma ve kandırma. *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 329. Haramın ise kabulü de ondan yemek de, onda oturmak da caiz değildir. Ancak gâsıp yanında telef olanın ivazını (bedelini) almak caizdir. Çünkü ivazın verilmesi başlıbaşına bir vaciptir.

3- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 442; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 330.

4- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 277.

5- Bu hadisi İbn Mace, Beyhakî ve başkaları İbn Abbas'tan şu lafızla rivayet etmişlerdir: *"Allah benim ümmetimden... bana bağışladı."*

masrafı ile malikin kendisinden gasp edilmiş olanı ne şekilde geri alacağı konularının sözkonusu edilmesi gerekmektedir. [1]

Gasp edilen ayn'ın bizzat hala duruyor olması ve mevcudiyeti halinde sahibine geri verilmesinin vacip olduğunda fakihlerin ittifakı vardır. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"El, aldığını eda etmekten sorumludur"*, *"Sakın sizden biriniz kardeşinin malını ciddi veya şaka yollu almasın. Her hangi biriniz kardeşinin değneğini alacak olsa onu kendisine iade etsin."* [2] Gasp edilen şey, yerlerin değişikliği dolayısıyla kıymetler de değişeceğinden, gasp edildiği yere iade edilir.

İade etmenin gerektireceği masraf, gasp edene aittir. Çünkü bu masraf geri vermenin zorunlu işleri arasında yer alır. Geri ödemek onun üzerine vacip olduğuna göre, geri verilebilmesi için gereken şeyleri yapmak da onun üzerine vaciptir; âriyetin (ödünç verilmesi) geri verilmesinde olduğu gibi.

Malik, gasp edileni eline geçirmek suretiyle geri almış olur. Çünkü o şey kendi elinden çıkarılmakla gasp edilmiş hale gelmişti. Artık eline geçirmesi halinde tekrar eli altına gelmiş olur ve gâsıbın onun üzerindeki eli, ikinci bir defa daha gasp etmedikçe ortadan kalkmış olur.

Geri vermek suretiyle, gasp eden kimse tazminattan kurtulur. Malikin geri vermenin gerçekleştiğini bilmesiyle bilmemesi arasında fark yoktur. Çünkü elin bir şey üzerinde ispat edilmesi, hissi bir durumdur. Bunun bilinmesi veya bilinmemesi farklılık arz etmez.

3- Telef olması halinde gasp edilenin tazminatının ödenmesi:

Bu konuda yapılacak açıklamalar değişik hususları kapsamaktadır. Söz konusu bu hususlar aşağıda gösterilmiştir.

a) Tazminatın şekli

Gasp edilen şey gâsıbın yanında telef olur ve -Hanefîlere göre- [3] taşınır şeylerden olursa veya -Hanefilerin dışındakilere göre- [4] akarlardan veya menkullerden olursa, gasıbın fiili veya fiilinden başkası ile telef olacak olursa gasıbın onun tazminatını, yani onu veya bedelini ödemesi gerekmektedir. Fakat bu telef semavî bir afet ile değil de, başkasının tecavüzü sebebiyle olmuşsa gâsıb, ödediği tazminatı

1- *el-Bedâyi'*, VII, 148; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 128; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, V, 367; *el-Mizân*, II 88.

2- Bu hadisi Ahmed, Ebu Dâvud ve Tirmizî, es-Sâib b. Yezîd'den, o da babasından rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr*, V, 316.

3- *el-Mebsût*, XI, 50; *el-Bedâyi'*, VII, 150, 168; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, V, 128; *Tebyînü'l-Hakâik*, V 223, 234; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr*, VII, 363; *el-Lübâb*, IV, 188 vd.

4- *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 443; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 330 vd.; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 312 *Muğni'l-Muhtâc*, II, 281, 284; *Fethu'l-Azîz*, XI, 242; *el-Muğnî*, V, 221, 254, 258; *Keşşâfu'l-Kınâ'*, IV, 116 vd.

rücu edip ondan alır. Çünkü o, gasp edilen şeyi, daha önce elinde bulunan kişiye iade etmek suretiyle, ondan kurtulabilme imkânına sahiptir. Dolayısıyla bu şeyin tazminatını ödemek yine sonunda gasp eden kimseye düşer. Bu konuda ifadeleri şu şekildedir: "İster Allah'ın emri ile telef olsun, ister bir mahluk tarafından telef edilmiş olsun, gâsıp gasp ettiği şeyin tazminatını öder." (1)

Tazminatın şekil veya kaidesi: Şayet mal *mislî* ise mislini, *kıyemî* ise kıymetini ödemek suretiyle tazminatın yerine getirilmesi konusunda ulemanın ittifakı vardır. Şayet misli (benzeri) yok ise zaruret sebebiyle kıymetini ödemek icap eder.

Mislinin tazminatını ödemenin gerekçesi yüce Allah'ın şu buyruklarıdır: *"Onun için size kim saldırırsa, siz de tıpkı onların size saldırdıkları gibi karşılık verin."* (Bakara, 194), *"Eğer ceza ile karşılık verecek olursanız, size verilen cezanın benzeri ile karşılık verin."* (Nahl, 126), *"Bir kötülüğün cezası onun gibi bir kötülüktür."* (Şurâ, 40) Diğer taraftan misli tamamıyla telef olanın yerine, asla en yakın olanı verilir. Dolayısıyla onun ödenmesinin mecbur tutulması daha adildir ve karşılaşılan zararı gidermek için daha uygundur. Tazminatta vacip olan -zararı karşılamak maksadı ile- mümkün olduğunca asla yakın olanı vermektir.

Kıymetin tazminat olarak ödenmesi, hem şekil, hem de mana itibarıyla tam mislini ödemeye imkân olmadığından dolayı söz konusu olur. Bu bakımdan manevî olarak mislî kabul edilen kıymetin ödenmesi icap eder. Çünkü kıymet onun yerini tutar ve bu kıymet ile misli elde edilebilir. Zaten "kıymet" adı bunu da ifade etmektedir.

Mislî olan mal: Pazarda pek önemli olmayan farklılıklarla birlikte misli (benzeri) bulunan veya birimleri, yahut da cüzleri önemsenmeyecek kadar basit farklılıklarla, birimleri veya parçaları biribirinin yerini tutması mümkün olacak şekilde birbirine benzeşen mallardır.

Mislî olan mallar dört türlüdür: *Mekîlât, (ölçülen) mevzûnât (tartılan) birbirine yakın* olan *adediyyat* ve bazı türleriyle *zer'iyyât* (uzunluk ölçüsü ile ölçülenler.

Mekîlât: Arpa ve buğday gibi ölçeklerle satılan veya günümüzde litre ile satılan petrol ve benzin gibi sıvılardır.

Mevzûnât: Yağ, zeytinyağı, şeker gibi tartı ile satılan şeylerdir.

Zer'iyyât: Zira' (arşın) ve benzeri uzunluk ölçü birimleri ile satılan şeylerdir. Yün, pamuk, yahut ipek vb. dokunmuş büyük parçalar gibi.

Birbirine yakın olan adediyyât: Ancak aralarında basit farklılıklar bulunan yumurta ve ceviz gibi, birimleri arasında pek fark bulunmayan şeyler ile fabrika ya-

1- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 331.

pımı olan bardak, porselen ve billur tabaklar gibi birbirine benzeyen sanayi ürünleri ve buna benzer defter, kalem ve matbu eserler gibi.

Kıyemî: Pazarlarda benzeri bulunmayan, yahut benzeri bulunmakla birlikte kıymetine etki edecek farklar ihtiva eden, yahut birimleri arasında farklılık bulunanlardır. Bundan dolayı arada fark olmaksızın birinin ötekinin yerini tutmasına imkan olmaz. Evler, araziler, ağaçlar, hayvanlar, mefruşat ve mahtutat (el yazması eserler) ve benzerleri. (1)

Kıymetin ödenmesi üç durumda söz konusudur: (2)

1- Eğer telef edilen şey hayvanlar, evler ve kuyumculuk ile işlenmiş olan şeyler gibi mislî olmayan türlerden ise ve her birisinin ayırıcı niteliklerinin farklılığı sebebiyle ötekinden ayrı bir kıymeti bulunuyor ise,

2- Gasp edilen ve telef edilen şey, mislî olmakla birlikte buğdayın arpa ile birlikte olması halinde olduğu gibi, türünden başkası ile karışık ise,

3- O şey mislî olmakla birlikte, mislinin varlığı imkânsız gibi ise. İmkansız olmak ise ya araştırdıktan sonra pazarda onun mislinin bulunduğundan ümit kesilme halinde olduğu gibi hissi ve hakikidir -evlerde bulunsa dahi durumu değiştirmez- veya hükmîdir. Yahut ancak semen-i mislin fazla fiyatla bulunması halinde olduğu gibi hükmîdir. Ya da şer'îdir: Bu da tazminatı ödeyecek kişi açısından söz konusu olur. Müslümana nispetle şarapta olduğu gibi. Müslümanın zimmîye yukarda açıkladığımız gibi kıymetini tazmin etmesi mezhep imamlarına göre icap eder. Şarap misliyyâttan olsa dahi durum böyledir. Çünkü Müslümanın satın almak yoluyla onu mülk edinmesi haramdır.

Böylelikle tazminatta (yahut ivazını 'bedelini' ödemekte) veya karşılığını ödemekte aslî vacibin şu olduğu açıkça anlaşılmış olmaktadır: Zarar -duvarın tamirinde olduğu gibi- aynî olarak izale edilir; mevcut olması halinde gasp edilen aynen geri verilir, gasp edilmiş olan şarap mevcut olduğu takdirde, geri iade edilir. Çünkü Hanefîlere göre şarabın sirkeye dönüşmesi için alıkonulması Müslüman için mümkündür. Telef edilen şeyin düzeltilmesi ve olduğu gibi sağlam şekilde geri verilir. Kırılmış olan bir şeyin düzeltilmesi gibi. Eğer eski haline iade etmek mümkün olmazsa, misliyyatta mislî olarak kıyemiyatta ise nakdî veya kıymet olarak karşılığının ödenmesi icap eder.

b) Tazminatın vacip olmasının vakti veya tazminatı takdir etme vakti:

Tazminatın vakti veya ivazın (bedelin) kıymetini takdir hususunda fakihlerin

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 130; IV, 173; *el-Lübâb,* II, 188; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 363 *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 223; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 312; *Şerhu'l-Risâle,* II, 217; *el-Kavânînü'l Fıkhıyye,* 330; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 281, 284; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 116 vd.; *el-Medhal ı Nazariyyeti'l-İslâm,* Prof. Mustafa Zerkâ, 50.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 129.

birbirine yakın görüşleri vardır. Muhtar gördükleri görüşleriyle *Hanefîler* (1) ve *Malikîler* (2) şöyle demektedir: Gasp edilenin kıymeti, gasp edildiği güne göre takdir edilir. Çünkü tazminat gasp sebebiyle icap eder. Dolayısıyla gasp edildiği günkü kıymeti takdir edilir. Fiyatların değişmesi ile takdirde değişiklik olmaz. Çünkü tazminatın sebebi, tazminat mahallinde (konusunda) değişiklik olmadığı gibi, o da değişmemiştir. Şu kadar var ki, Malikîler, zatın tazminatı ile gelirin tazminatı arasında fark gözetmişlerdir. Birincisi ele geçirildiği günkü gelir ise elde edildiği günkü kıymet ile tazminat altındadır. Tecavüzde bulunan kimse ki bu da menfaati gasp eden kişidir, menfaatten sahibinin yararlanmasını mücerret olarak engellediği için tazminatını ödemesi gerekir. Velev ki bizzat kendisi onu kullanmamış olsun.

Şafiîler de şöyle demektedir: (3) Esah olana göre, tazminatta nazar-ı itibara alınan miktar, bir şeyin gasp edildiği beldede gasp edildiği zamandan, mislinin bulunmasına imkân olmayacağı zamana kadarki en ileri derecedeki kıymetidir. Eğer misil telef esnasında bulunmamakta ise, esah olan gasp anından telef anına kadarki en fazla kıymetinin verilmesi gerekir. Bunun, fiyatların değişerek yükselmesiyle gasp edilenin kendisindeki değişiklikler sebebiyle olması arasında fark yoktur.

Kıyemî olan mala gelince: Gasp edildiği günden telef olduğu güne kadar taşıdığı en yüksek kıymeti karşılığında tazminat altındadır.

Hanbelîler de şöyle demektedir: (4) Eğer gasp edilen şey misliyattan olup misli bulunmaz ise, mislinin bulunamadığı günkü kıymetini ödemek icap eder. Çünkü onun kıymeti gâsıbın zimmetinde iken mislinin bulunamadığı anda vacip olmuştur. O bakımdan mütekavvimin telefinde olduğu gibi, kıymeti de o vakit takdir edilir.

Şayet gasp edilen şey kıyemiyatta olup telef olursa ödenmesi icap eden miktar, gasp edildiği andan, iade edileceği güne kadar en yüksek kıymettir. Ancak değişikliğin küçüklük, büyüklük, şişmanlamak, zayıflamak ve buna benzer kıymeti artıran veya eksilen manevî nitelik türünden gasp edilenin kendisinde olması şarttır. Çünkü bu gibi niteliklerde değişiklik, kıymetin artışının gerçekleştiği durumda ve gasp edilmiş olanda gerçekleşmektedir. Gasp edilende meydana gelen artış da malikin lehine ve gâsıp tarafından (onun aleyhine olmak üzere) tazminat altındadır.

Şayet kıymetin artışı, fiyatların değişmesi sebebiyle olmuşsa bu fazlalık taz-

---

1- Bu, Ebu Yusuf'un görüşüdür. *Mecelle,* madde 921'de alınan görüş de budur. Ebu Hanîfe ise şöyle demektedir: "Muhakeme esnasındaki kıymet icap eder." Muhammed ise "Piyasadan mislî olanın kalktığı günkü kıymet icap eder" demiştir.

2- *el-Bedâyi',* VII, 151; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 128; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* 363; *el-Mebsût,* XI 50; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 223; *el-Lübâb,* II, 188; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 443, 448; *Bidâyetu'l Müctehid,* II, 312; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 330.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 283; *el-Mühezzeb,* I, 368; *Buceyremî el-Hatîb,* III, 136; *Nihâyetü'l-Muhtâ[c]* IV, 119-121.

4- *el-Muğnî,* V, 257 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 117.

minat altında olmaz. Çünkü bu sebep dolayısıyla kıymette meydana gelecek olan eksiklik, bizzat gasp edilen ayn hemen iade edildiği takdirde karşılanmamayacağından telef olması durumunda da bunların tazminatı söz konusu değildir.

c) Gâsıbın tazminat sorumluluğunun ne şekilde kalkabileceği:

Gâsıp, iki şekilde tazminat sorumluluğundan kurtulur: (1)

1- Tazminatı malikin kendisine veya onun yerini tutan kimseye ödemesiyle. Nitekim asıl itibarıyla istenen de budur.

2- Tazminattan ya: "Seni tazminattan ibra ettim" yahut "Senden ıskat ettim" veya "Onu sana hibe ettim" vb. ifadelerle açıkça vazgeçilmesi veya bu açık ifadenin yerini tutan tavırlarla vazgeçilmesiyle. Bu da malikin gasp edenlerden birisine tazminatı ödetmeyi seçmesi yolu ile olur ki, bu durumda ötekini ibra ederek tazminattan kurtarmış olur. Çünkü malikin gâsıplardan birisine tazminatı ödetmeyi seçmesi, zımnen delâlet yoluyla ötekini ibra etmesi demektir.

Bir Kimse Tazminatını Ödemekle Gasp Ettiği Mala Malik Olur mu?:

Hanefîlere göre: (2) Gâsıp, gasp edilen şeye tazminatını ödedikten sonra, gasbın başladığı vaktinden itibaren malik olmuş sayılır. Böylelikle malikin mülkiyetinde hem bedel, hem de bedeli verilen şey toplanmamış olur. Böyle bir temellükten şu sonuç ortaya çıkar: Eğer gâsıp gasp ettiğinde satış, hibe yahut sadaka yoluyla tazminatın ödenmesinden önce tasarrufta bulunacak olursa, bu tasarrufu geçerlidir. Tıpkı müşterinin fasit bir yolla satın aldığı şeydeki tasarruflarının geçerli olması gibi. Aynı şekilde bir kişi bir ayn gasbedip onu gizlese malik de onun kıymetinin tazminatını ondan alsa, gâsıp gasp ettiği şeye malik olur. Çünkü asıl malik, bedele tamamen sahib olmuştur. Mübdel (bedeli ödenen) ise nakledilebilir. O bakımdan her iki bedelin tek bir kişinin mülkiyetinde toplanmaması için, gâsıp gasp ettiğine malik olmuş sayılır.

Fakat Ebu Hanîfe ile Muhammed'in görüşüne göre (3) gâsıbın tazminatı ödemeden önce bizzat kendisinin yemesi veya başkasına yedirmesi suretiyle gasp ettiği şeyden yararlanması helal değildir. Şayet gasp ettiği şeyde bir fazlalık, yani bir artış olursa, istihsan delili gereği bu fazlalığı tasadduk eder. Buna göre gasp edilen şeyden, mesela arabaya bindirme ücreti gibi yollarla istifade etmek, gâsıp için helâl değildir. Çünkü Hz. Peygamber (a.s.) malikin razı edilmesinden önce gasp edilenden faydalanmayı mübah kılmamıştır. Ebu Hanife senedini kaybederek Ebu Musa

1- *el-Bedâyi'*, VII, 151.

2- *el-Mebsût*, XVI, 15; *el-Bedâyi'*, VII, 152 vd.; *el-Lübâb*, II, 193.

3- Ebu Yusuf ve Züfer de şöyle demektedir: "Ondan yararlanmakla helâl olmakla birlikte, şayet bir fazlalığı var ise, fiilen tasadduk lâzım değildir. Çünkü gasp edilen şey, gasp edildiği andan itibaren gâsıbın mülkiyeti altındadır: Tazminatı ödenen şeyler tazminatın ödenmesiyle mülk edinilir ve bu gasp vaktine kadar dayanır, yani bu sonradan olan bir etki ile böyledir. Buna göre gasp edilenin geliri gâsıp için helâldir."

(r.a.)'dan şunu rivayet etmektedir: *"Peygamber (a.s.) bir grup Ensarın ziyaretine katılmıştı. Ona kızartılmış bir koyun takdim edildi. Kendisi de ondan bir lokma aldı. Fakat çiğneyip durduğu halde bir türlü yutamıyordu. Nihayet Peygamber (a.s.) şöyle sordu: "Bu koyun bana hak olmayan bir yolla kesilmiş olduğunu bildirmektedir." Onlar: "Bu bir komşumuza ait bir koyundur. Bedelini kendisine ödeyerek onu razı etmek üzere kestik." Peygamberimiz (a.s.): "Bunu esirlere yediriniz" diye buyurdu."* [1] Böylelikle o koyundan yararlanmalarını, ihtiyaçları olmakla birlikte, onlara haram kılmıştır. Şayet helâl olsaydı, ondan yararlanmayı kendilerine mutlak olarak mübah görürdü.

Malikîlere göre: [2] Gâsıp, gasp ettiği şeyde rehin veya kefalet gibi bir yolla tasarrufta bulunmaktan alıkonulur. Çünkü malikin hakkının kaybolmasından korkulur. Kendisine gasp edilen şeyden kendisine hibede bulunulan kişinin onu kabul etmesi veya mesela, ondan yemesi, yahut da onda (ev vb. ise) oturması -haram olan her şeyde olduğu gibi- caiz değildir. Ancak gasp edilen şey gâsıbın yanında telef olsa, yahut da onu tüketse (yani fevt olsa) Malikîlerce tercih edilen görüşe göre, gâsıbın ondan yararlanması caiz olur. Çünkü bu durumda zimmetinde onun kıymetini ödemesi vacip olmuştur. Bazı muhakkikler, gâsıbın, kasaplara sattığı ve onlar tarafından kesilen gasp edilmiş koyunların etini satın almanın caiz olduğu fetvasını vermiştir. Çünkü bu koyunların kesilmesi sureti ile onların kıymeti gâsıbın zimmetinde tahakkuk etmiş olur. Şu kadar var ki, onlar şöyle derler: "Ancak bundan sakınan kimse dinini ve ırzını günahtan korumuş olur. Yani gâsıp, gasp edilen şeyin tazminatını ödemek suretiyle telef olduğu günden itibaren ona malik olur."

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [3] Gâsıp kıymetini ödemek suretiyle gasp edilmiş ayn'a malik olmaz. Çünkü onu teslim etmeye kadir olmadığından dolayı, başkasına satmak suretiyle mülk edinmesi de sahih olmaz. O halde tazminatını ödemekle mülkiyetine geçirmesi de sahih değildir. Telef olan bir şeyi telef etmekte mülk edinemeyeceği gibi.

Netice olarak, Şafiîlerle Hanbelîlere göre gâsıbın akid veya başka yollarla tasarrufları haram olur ve sahih olmaz. [4] Çünkü: *"Bizim işimize uygun olmayan bir*

1- Muhammed b. el-Hasan, *Kitâbu'l-Asâr*'da rivayet etmiştir. Ebu Dâvud ve Ahmed de *Müsned*'inde, Darekutnî *Sünen*'inde, Asım b. Kuleyb'den, o babasından, o da Ensar'dan bir adam yoluyla rivayet etmiştir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 168.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 445 vd.; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 586.

3- *el-Mühezzeb,* I, 368; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 277, 279; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 120, 123 vd.; *el-Muğnî,* V 251-253.

4- Cumhura hilâfen Hanbelîler de şöyle der: "Gasp edilmiş mal ile hacc etmek haramdır ve sahih olmaz. Gasp edilmiş elbisede veya gasp edilen yerde kılınan namaz, gasp edilen su ile alınan abdest ve gasp edilen maldan zekâtını vermek gibi sair ibadetler de böyledir. Bunların durumu, oruç, zikir ve itikat gibi, yerine getirilmeleri için gasp edilene gerek duyulmayan ibadetlerdeki durumun aksinedir." *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 123 vd.; *el-Vasît fi Usûli'l-Fıkh,* 74 vd., ikinci baskı.

İşi kim işlerse o reddolunur" [1] hadisi bunu gerektirmektedir. Dolayısıyla gâsıbın böyle bir malı satması, yahut kiraya vermesi caiz değildir. Aynı şekilde yiyerek, giyerek, binerek, ona yük vurarak, akarı mesken olarak kullanarak telef etmesi de caiz değildir. Çünkü: *"Sizin kanlarınız, mallarınız, ırzlarınız size haram kılınmıştır"* hadisi bunu gerektirmektedir.

d) Gasp edilmiş ayn'ın gâsıbın yanında iken değişikliğe uğraması:

Hanefîlere göre: Gasp edilen bazen gâsıbın yanında kendiliğinden değişikliğe uğrayabilir. Bu son tür değişiklik kimi zaman nitelikte yahut isimde veya zatta olabilir. [2] Değişmenin bütün hallerinde gasp edilen şeyin varlığı devam etmektedir.

a) Şayet gasp edilen şey -üzümün veya hurmanın yaşken kurumasında olduğu gibi- kendiliğinden değişikliğe uğrarsa malik, gasp edilen ayn'ı geri almak ile gâsıba kıymetini tazmin ettirmek arasında serbesttir.

b) Gasp edilen şeyde, gâsıbın fiili ile bir şeyler eklenmesi veya artış yolu ile niteliğinde değişikliğin meydana gelmesine gelince: Elbiseyi boyaması yahut unu yağa bulayarak sevîk (kavut) yapması, yahut gasp edilen şeyin gâsıbın mülküne - buğdayın buğdaya karışması durumunda olduğu gibi- ayırdedilmesine imkân olmayacak şekilde karışması veya buğdayın arpaya karışması halinde olduğu gibi, ayrılmasının oldukça zor olması gibi durumlarda malike muhayyerlik hakkının verilmesi icap eder: Dilerse gâsıba gasp ettiği şeyin değişikliğe uğramasından önceki kıymetinin tazminatını ödettirir, dilerse onu kendisi alarak boyamanın elbisede (veya kumaşta) meydana getirdiği artışın değerini gâsıba öder. Çünkü böyle bir muhayyer bırakmakta her iki taraf da gözetilmiş olur.

Malikîler, Hanefîlerle bu konuda aynı görüşe sahiptirler. [3]

Şafiîlere göre: [4] Eğer boyama yahut yağ gibi fazlalığı ayırmak imkânı varsa esah görüşe göre gâsıp bunu yapmaya mecbur edilir. Şayet buna imkan bulunmazsa, eğer gasp edilen şeyin kıymetinde bir artış söz konusu değilse, onda gâsıbın alacağı bir şey yoktur. Şayet kıymeti eksilirse gâsıbın eksilen kıymet kadarını ödemesi icap eder. Çünkü bu eksiklik gâsıbın fiili ile meydana gelmiştir. Şayet gasp edilen şeyin kıymetinde bir artış olursa, gasıp ile malik üçte ikisi asıl sahibine,üçte biri de gâsıba olmak üzere bu artışta ortak olurlar. Eğer onlardan birisinin mülkünde fiyatının düşmesi sebebiyle bir eksilme veya fiyatının artışı sebebiyle bir yükselme görülürse, yine bu esasa göre amel edilir.

1- Müslim, Aişe (r.anha)'den rivayet etmiştir.

2- *Tekmiletü-Fethi'-Kadir,* VII, 375, 384; *el-Lübâb,* II, 191, 193; *Tebyinü'l-Hakâik,* V, 226, 229; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 134-138; *el-Bedâyi',* VII, 160 vd.

3- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 454.

4- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 291 vd.

Hanbelîlere göre: [1] Bunlar da genelde Şafiîlerin görüşündedirler. Ancak onlar şöyle derler: Gâsıp boyayı elbiseden çıkarmak için mecbur tutulmaz. Çünkü böyle bir işte onun malı olan -boyama- telef edilmiş olacaktır. Şayet bir eksiklik meydana gelirse, gâsıp eksikliğin tazminatını öder. Çünkü bu eksiklik onun tecavüzü sebebiyle meydana gelmiştir. Bundan dolayı onun tazminatını ödemesi lâzımdır. Eğer bir fazlalık meydana gelmişse malik veya gâsıp, mülkleri miktarında ortaktırlar. O şey satılır ve onun bedeli her iki şeyin kıymeti oranında sahiplerine dağıtılır.

Böylelikle şu ortaya çıkmaktadır: Fakihler eksikliğin tazmin edilmesi ve meydana gelen fazlalıkta gâsıbın hakkının olduğu üzerinde ittifak etmektedirler.

c) Şayet ondan sağlanan menfaatlerin çoğunluğu yok olacak şekilde, gasp edilen şeyin zatı da, adı da gasıbın fiili ile değişecek olursa; mesela bir koyun gasp edip onu kesip pişirmesi, buğday gasp edip öğüterek un yapması, demir gasp edip kılıç yapması, bakır gasp edip kap yapması gibi durumlarda ise, birinci malikin gasp edilen şey üzerindeki mülkiyeti ortadan kalkar ve o takdirde gâsıp bu malın maliki olur. Onun bedelini de tazmin eder. Mislî olan şeylerde mislini, kıyemî olan şeylerde de kıymetini öder. Şu kadar var ki, onun bedelini ödemedikçe istihsânen ondan yararlanması helâl değildir. Çünkü bedelin eda edilmesinden önce yararlanmasının mübah kabul edilmesinde, gasp kapısının açılması söz konusudur. O bakımdan bedelin malik tarafından ibra edilmesi yoluyla malik rázı kılınmadan gasp edilenden yararlanmak -fesadın kaynağını kurutmak maksadıyla- haram görülmüştür.

Malikîler de bundan önce "Gasıbın tazminat sorumluluğunun ne şekilde kalkabileceği" konusunda açıklamış olduğumuz gibi, aynı görüştedirler.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [2] Malikin mülkünde hakkı kesintiye uğramaz. Onu ve eksilmiş ise eksikliğin bedelini almak hakkına sahiptir. Hanbelî mezhebinde sahih kabul edilen görüşe göre, gasp edilendeki artışlarda gâsıbın alacak bir şeyi olmaz.

Gümüş veya altın gasp edip bunları dirhem veya dinar olarak sikke, yahut kap yapan kişi hakkında Ebu Hanife'nin görüşü de [3] Şafiîlerle Hanbelîlerin görüşü gibidir: Bunlar üzerinde malikin mülkiyeti zail olmaz ve gâsıbın bundan dolayı alacak bir şeyi de yoktur. Çünkü ayn, her bakımdan varlığını sürdürmektedir. Adı da bakidir. Altın ve gümüşe taalluk eden dört hüküm de aynı şekilde bakidir. Söz konusu bu dört hüküm de (semeni olmak mevzun yani tartılabilir olmak, faizin onlarda cereyan etmesi ve üzerlerine zekâtın farz olması özellikleri) devam etmektedir, dolayısıyla onlar üzerinde malikin hakkı da kesintiye uğramamaktadır.

1- *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 86, 103 vd.; *el-Muğnî,* V, 266 vd.
2- *el-Mühezzeb,* I, 369; *el-Muğnî,* V, 243.
3- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr ma'a'l-İnâye,* VII, 379; *el-Kitâb,* II, 192.

Bu konuda Ebu Yusuf ile Muhammed ise daha önce sözü edilen asıl kaidelerine bağlı kalmışlardır. [1] Onların görüşlerine göre gâsıp bunlara malik olup asıl sahibine bunların mislini ödemesi icap eder. Çünkü o bunlara dikkate alınması gereken bir sanat (emek) eklemiştir. Böylelikle onlardaki malikin hakkını telef olmuş hükmüne düşürmüş ve yapılan iş ile birlikte asıl şey, adıyla da, manasıyla da farklılaşmıştır. Ondan önce altına ve gümüşe (sikke haline dönüştürülmemiş, külçe anlamında) "tibr" denilmekte iken, darptan sonra dirhem, dinar veya kap adı verilir olmuştur.

e) Gasp edilen şeyin eksilmesi:

Gasp edilen şeyin gasıbın elinde eksilmesi bazen manevî, bazen de hissî ve manevî olabilir. Böyle bir durum aşağıda belirtilecek dört şekilde olur: [2]

a) Piyasada fiyatların düşmesi sebebiyle eksikliğin meydana gelmesi: Gasp edilen ayn'ın, gasp yerine geri verilmesi durumunda bu eksikliğin tazminatı yoktur. Çünkü fiyatların düşmesi ayn'ın bir parçasının yok olmasıyla gasp edilen şeyde meydana gelen maddî bir eksiklik değildir. Böyle bir şey, yüce Allah'ın iradesi ile etki altında kalan rağbetlerin azalması sebebiyle meydana gelir ve bunda kulların yaptığı bir şey yoktur.

b) Hayvanın zayıflaması, işitemez hale gelmesi, körleşmesi, bazı organlarının felç olması, topallaması, bir gözünün kör olması, organlarından birinin düşmesi gibi, o mala rağbeti arttıran niteliklerden birinin ortadan kalkması sebebiyle meydana gelen eksiklik: Gasp eden kişinin riba (faiz) cereyan edebilen mal dışındakilerde bu eksikliğin tazminatını ödemesi ve malikin de gasp edilen ayn'ı alması icap eder. Çünkü ayn olduğu durumda kalmaktadır.

Şayet gasp edilen şey faizin cereyan ettiği mallarda ise -buğdayın küflenmesinde, gümüş kabın kırılmasında olduğu gibi- malikin gasp edilen şeyi aynen almaktan başka bir hakkı yoktur. Eksiklik sebebiyle bunun dışında bir şey hak etmez. Çünkü ribevî (faizin cerayan ettiği) mallarda asıl geri alınmışsa onlardaki eksilmelerin tazmin edilmesine imkan yoktur. Zira bu, neticede faize götürür.

c) Ayn'da rağbeti arttıran manevî özelliklerden birisinin ortadan kalkması sebebiyle eksiklik: Gençken yaşlanmak, kaçmak, mesleği unutmak gibi durumlarda eksikliğin tazminatının ödenmesi icap eder.

d) Elbisenin yırtılması halinde olduğu gibi, gasp edilen ayn'ın bir parçasının yok olması sebebiyle eksikliğin meydana gelmesi: Bu gibi bütün hallerde tazminat icap eder.

1- *Mecelle,* madde 899'daki ifadenin mutlak olarak kullanılması Ebu Yusuf ile Muhammed'in görüşünün genel çerçevesine uygundur.

2- *el-Bedâyi',* VII, 155; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 382; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 228 vd.; *el-Lübâb* II, 190; *Reddü'l-Muhtâr,* V, 132.

Fakat bu eksiklik, elbisedeki basit bir yırtık gibi önemsiz olursa, bizatihi ayn kalmaya devam ettiği için, malikin gâsıba eksiklik kıymeti kadar tazmin ettirmekten başka bir hakkı yoktur.

Şayet eksiklik -elbisedeki büyük yırtık gibi- bütün menfaatlerini aksatacak şekilde fahiş (ileri derecede) ise, malik onu alıp noksanlığının tazminatını ödettirmek ile bütün kıymetini alıp gâsıba bırakmak arasında serbesttir. Çünkü gasp edilen şey bir bakıma tüketilmiş gibi olur. *Yesir* ile *fahiş* farkın ölçüsü ile ilgili olarak ortaya konulmuş sahih görüş de şudur: (1)

Yesir: Ondan sağlanan menfaati herhangi bir şekilde ortadan kaldırmayıp sadece bir eksikliğe sebep olan kusurdur.

Fahiş: Ayn'ın da, menfaatin türünün de bir kısmının gitmesine sebep olan kusurdur.

Mecelle'nın 900'ncü maddesi yesir olan kusuru, "gasp edilenin kıymetinin dörtte birine ulaşmayan"; fahiş kusuru ise "gasp edilenin kıymetinin dörtte birine eşit veya daha fazla olan" diye takdir etmiştir.

Noksanın tazminatının ödenmesi icap ettiği takdirde, gasp edilen ayn'ın gasp edildiği gün eksiksiz olarak kıymeti tayin edilir, ondan sonra da eksik olarak ona kıymet biçilir. Gâsıp da aralarındaki farkın tazminatını öder.

Eğer akar gasp edilmiş ise, Hanefîlere göre semavî bir afet sebebiyle telef olması durumunda ayn'ının tazminatı olmamakla birlikte, gâsıbın fiili yahut onu mesken olarak kullanması veya arazinin ekilmesi sebebiyle meydana gelecek olan eksiklik için, önceden de işaret ettiğimiz gibi, tazminat ödenir. Çünkü bu bir telef etmektir ve bu telef akardan yapılmış sayılır. (2)

Hanefîlerin dışında kalanlar ise şöyle demektedirler: (3) Fiyatların düşmesi sebebiyle gasp edilenin eksikliğinin veya artışının tazminatı söz konusu değildir. Yani bunlar da Hanefîlerin görüşündedirler. Çünkü eksiklik insanların bu husustaki rağbetlerinin azalması sebebiyle meydana gelmiştir. Bunun ise her hangi bir şekilde karşılanması söz konusu değildir. Gasp edilenin ayn'ında da niteliğinde de bir eksiklik meydana gelmemiştir. (4) Fakat Şafiîler ile Ebu Sevr şöyle demektedir: "Fi-

1- *Reddü'l-Muhtâr,* V, 136; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 229; *Tekmiletü Fethü'l-Kadir,* VII, 383.

2- *Tekmiletü Fethü'l-Kadir,* VII, 369; *Tebyinü'l-Hakâyik,* V, 259; *Macelle,* madde 905.

3- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 312 vd.; *eş-Şerhu'l-Kebîr ma'a'd-Desukî,* III, 452 vd; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 331; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 286, 288; *el-Mühezzeb,* I, 369; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 99 vd *el-Muğnî,* V, 228, 232, 241.

4- Ayn'ların gasbında, pazardaki fiyat değişmeleri muteber değildir. Teaddi (tecâvüz) ise Malikîlere göre menfaatin gasbıdır ve fiyatlar bundan etkilenir. Bu durumda malikin, gâsıba teaddide bulunduğu güne göre pazarında bir değişiklik olması halinde, o şeyin kıymetini ödettirme yetkisi olduğu gibi, o şeyin aynısını da alabilir ve bu durumda müteaddi (tecavüz eden) üzerinde bir hakkı kalmaz.

yatların değişmesi sebebiyle kıymette bir eksiklik olursa, gâsıbın noksanın tazmin etmesi lâzımdır."

Gasp edilenin zatında veya niteliğinde meydana gelen eksiklik ister tabiî bir afet ile, isterse gâsıbın fiili ile meydana gelmiş olsun, fark olmaksızın tazmin ettirilir.

Ancak Malikîler meşhur olan görüşlerinde şöyle demektedirler: Eğer eksiklik tabiî bir afet dolayısıyla meydana gelmişse malik gasp edilen şeyi o andaki eksik hâliyle alır veya gasp edildiği günkü kıymeti üzerinden tazminatını alır. Başka da bir hakkı yoktur. Sadece eksilmenin kıymetini alamaz. Şayet eksiklik gâsıbın fiili ile meydana gelmiş ise mezhebin kabul gören görüşüne göre malik, gasp günündeki kıymeti üzerinden ödetmek yahut meydana gelen eksikliğin kıymeti ile birlikte gasp edileni geri almak arasında serbesttir. Bu eksikliğin kıymeti İbnü'l-Kâsım'a göre meydana geldiği gündeki, Sahnûn'a göre ise gasp günündeki kıymet esas alınarak tespit edilir. Eşheb ise tabiî bir afet sebebiyle meydana gelen eksiklik ile gâsıbın fiilinin meydana getirdiği eksiklik arasında fark gözetmez.

f) Gasp edilen şeyde artış meydana gelmesi:

Hanefî mezhebinin iki büyük üstadı: Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'a göre gasp edilen mala bitişik veya ondan ayrı olan artışın tazminat altında olmadığını öğrenmiş bulunuyoruz. Çünkü mâlikin bu artış üzerindeki eli (mülkiyet hakkı) kalkmış değildir.

Muhammed, Şafiî ve Hanbelîlere göre ise, meydana gelen fazlalıklar mutlak olarak tazminat altındadır. Çünkü bunlar mülk olan bir ayn'dan meydana gelmiştir. Malikîlere göre ise bitişik artışlar değil sadece ayrı artışlar tazminat altındadır. Aşağıdaki hususlar gasp edilen şeydeki artışlarla alâkalıdır:

Gasp edilen arazi üzerine inşaat yapmak yahut orayı ekmek veya ağaç dikmek: Dört mezhep imamı, gâsıbın gasp ettiği şeyi sahibine iade etmeyi, orada meydana getirdiği bina yahut ekin veya diktiği ağaçları ortadan kaldırmasını ilke olarak kabul etmişlerdir. Çünkü Peygamber (a.s.): *"Zalim bir kökün her hangi bir hakkı yoktur"* [1] buyurmuştur.

Bu konuda mezheplerin görüşlerine dair etraflı açıklamalar aşağıda kaydedilmiştir:

Hanefîlere göre: [2] Bir kişi evlerin kapılarında ve inşaatında kullanılan büyükçe bir kereste parçasını gasp edecek ve üzerine yahut etrafına inşaat yapacak olursa, yaptığı inşaatın kıymeti de o kerestenin kıymetinden fazla ise, mâlikinin

1- Bu hadisi Ebu Dâvud ve Darekutnî, Urve b. ez-Zübeyr'den şu lafızla rivayet etmiştir: *"Kim bir arazi ihya ederse o onundur ve zalim bir kökün bir hakkı yoktur." Neylü'l-Evtâr,* V, 319.

2- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 379, 383; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 135-137; *Tebyînü'l-Hakâik,* V 228 vd.; *el-Lübâb,* II, 192.

onun üzerindeki mülkiyeti zail olur ve gâsıbın da o kerestenin kıymetini ödemesi lâzım gelir. Çünkü artık o kereste bir başka şey olmuştur. Bu kerestenin yerinden çıkartılmasında mâlik için fayda olmayacağı halde gâsıp olan inşaat sahibi için açık bir zarar söz konusudur. Mâlikin uğradığı zarar ise tazminat ile telâfi edilmektedir. Nitekim İslâmda zarar söz konusu değildir. Şayet kerestenin kıymeti inşaatın kıymetinden fazla olursa, o vakit mâlikin mülkiyeti kalkmış olmaz. Çünkü kaide olarak, mecbur kalındığı durumlarda iki zararın daha hafifi ve iki şerrin daha ehveni yapılır.

Kadızade *el-Feth Tekmile*'sinde bu ayırım ile ilgili olarak şunları söylemektedir: "İnşaatın kıymetinin bu kerestenin kıymetinden fazla olması ile aksi arasında mana bakımından bir fark yoktur. Çünkü mâlikin zararı zaten kıymetinin ödenmesi ile telâfi edilmektedir. Gâsıbın zararı ise sırf (salt) bir zarardır. Şüphe yok ki telâfi edilen zarar, sırf zarardan daha azdır. Bu durumda daha aşağı zarar ile amel etmek mümkün olduğu takdirde daha büyük zarar işlenmez. Sözü geçen bu kereste (es-Sâce) mes'elesinde "Daha ağır olan zarar, daha hafif olan zararla izale olunur" kaidesi gereğince amel edilir." [1]

es-Sace meselesi şöyledir: Gâsıbın biri bir arazi gasp edip oraya ağaç dikse, yahut inşaat yapsa, fakat arazinin kıymeti daha fazla olsa, gâsıp diktiği ağaçları sökmeye, yaptığı inşaatı yıkmaya ve araziyi olduğu şekilde sahibine boş olarak geri vermeye mecbur edilir. Çünkü onlara göre arazi hakikaten gasp edilemez. O bakımdan mâlikin ondaki hakkı nasıl ise öylece kalır. Gâsıp ise araziyi işgal etmiştir. O bakımdan onu boşaltması emredilir. Zira *"Zalim bir kökün her hangi bir hakkı yoktur."* Şayet inşaatın kıymeti daha fazla ise gâsıp mâlike arazinin kıymetini ödeyip araziyi almak hakkına sahiptir.

Şayet orada dikilen ağaçların sökülmesi yahut inşaatın yapılması dolayısıyla arazinin kıymetinde eksilme olacaksa, malikin gâsıba inşaatın ve sökülen ağaçların enkaz olarak tazminatlarını ödeme zorunluluğu vardır. Böylelikle hem iki tarafın maslahatına riayet edilmiş olur, hem de onlara gelebilecek zarar önlenmiş olur. Bu durumda araziye ağaç ve inşaat olmaksızın kıymet biçilir, daha sonra da sökülmesi ve yıkılması icap eden ağaç ve inşaat ile birlikte kıymet biçilir, ikisi arasındaki farkı (gâsıba) öder.

1- Yine bu kaideyi birçok fer'î meseleye uygulamışlardır. Bir kısmı şunlardır: Bir tavuk bir inci yutacak olsa veya bir inek başını bir çömleğe soksa veya bir deve yavrusu annesinden ayrılıp bir kişiye emanet olarak bırakılsa ve emanet bırakılan kimsenin evinde büyüyüp gelişse, yahut bir dinar bir mürekkep hokkasına düşse ve ancak onu kırmakla çıkartmak mümkün olsa ve buna benzer durumlarda daha yüksek değerin sahibi olan kişi, daha az değerin tazminatını öder. Bir insan bir inci yutsa, ölse bile inci için karnı açılmaz. Çünkü insanın saygıya değer olması malın muhteremliğinden daha büyüktür. Bu durumda onun yuttuğu o incinin değeri de terekesinden alınır. Bu aynı zamanda Hanbelîlerin de görüşüdür. Yani inci meselesinde böyledir. Şafiî ise çocuğun çıkartılması için annenin karnının yarılmasına kıyasla bu kişinin karnının yarılmasını da caiz kabul eder. *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 135.

Gâsıbın ektiği arazi bir mülk ise ve sahibi orayı ziraat için hazırlamış ise; malik ile gâsıp arasında *müzaraa* olmuş kabul edilir ve her birisinin -yarım veya dörtte bir gibi- alacağı payın belirlenmesi için örfün hükmüne başvurulur. Şayet o arazi icar için hazırlanmış ise elde edilen mahsul çiftçi (burada gâsıp) içindir, arazinin de *ecr-i mislini* ödemesi gerekir. Eğer sözü geçen hususlardan her hangi birisi düşünülmemiş ise, gâsıbın ekinin azalttığı miktarı ödemesi icap eder. Şayet arazi bir vakıf veya bir yetimin malı ise, daha faydalı olması hâlinde örfe itibar edilir. Eğer örf daha faydalı değil ise, fakihlerin "Vakıf için hangisi daha faydalı ise ona göre fetva verilir" şeklinde kabul ettiği görüş sebebiyle *ecr-i misil* ödenmesi icap eder.

Malikîlere göre (1)

a) Bina (İnşaat): Bir kişi bir araziyi yahut bir direği veya bir miktar keresteyi gasp etse ve o arazide inşaat yapsa veya gasp ettiği direk veya keresteyi inşaatta kullansa malik gasp edilen arazi üzerinde yapılan inşaatın yıkılmasını istemek ile gâsıba sökme veya yıkma ücreti düşüldükten sonra enkazın kıymetini ödemek, yahut olduğu gibi bırakmak arasında muhayyer olur. Gâsıba alçı, boyama ve buna benzer kıymeti olmayan şeylerin kıymetini ödemez. Yani Malikîler bu durumda mal sahibinin menfaatini tercih ederler. Çünkü hak sahibi olan odur.

Bir direk veya bir kereste gasp edip üzerlerine inşaat yapan kişiye gelince, bunların sahibinin bunları geri alma hakkı vardır. İnşaatın yıkılması gerekse dahi durum bu böyledir. Aynı zamanda bu, Şafiîlerin de görüşüdür.

b) Ağaç dikmek: Bir kişi bir arazi gasp edip ağaç dikecek olsa, ağaçları sökmesi emredilmez. Kendisinden gasp edilen kişi -inşaatta olduğu gibi- ağaçların sökme ücreti düşüldükten sonra ona ağaçların kıymetini öder. Şayet ağaç gasp edip kendi arazisine dikecek olursa, o takdirde o ağaçları sökmesi emredilir.

c) Ekin: Gasp edilen arazide bir ekin ekecek olsa; sahibi orayı ekin ekme döneminde almış ise ekini sökmek veya eken çiftçiye orayı bırakıp arazinin kirasını almak arasında muhayyer bırakılır. Eğer bu araziyi ekin döneminden sonra alacak olursa, belirtildiği şekilde muhayyer olduğu da söylenmiştir. Onu sökemeyeceği, fakat kirasını alabileceği, diğer taraftan ekinin eken kişiye ait olacağı da söylenmiştir.

Şafiîlere göre: (2) Gâsıp gasp edilmiş arazi üzerindeki inşaatı yıkmakla, diktiği ağaçları sökmekle ve meydana gelmesi halinde de eksikliğin kıymetini ödeyip araziyi eski durumuna getirmekle, gasp müddeti boyunca da -eğer benzerinin bir ecri varsa *ecr-i misil* ödemekle mükellef tutulur. Çünkü *"Zalim bir kökün hiç bir hakkı yoktur."* Şayet malik, kıymeti karşılığında mülk edinmek ister veya ücret karşılığında bırakmak isterse daha sahih görülen görüşe göre gâsıbın bu isteği kabul etme-

1- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 331; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 448; *Bidayetü'l-Müctehid,* II, 319.
2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 289, 291; *el-Mizân,* II, 89 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 371.

si için zorlanması söz konusu değildir. Çünkü her hangi bir zayiat olmaksızın sökmeye imkân vardır. Eğer gâsıp araziye tohum saçmış ise, malikin onu, tohumu çıkartıp eksikliğin kıymetini ödemekle mükellef tutma hakkı vardır. Şayet malik tohumun arazide kalmasına razı olacak olursa, gâsıbın onu çıkartmak hakkı yoktur. Nitekim gâsıbın -malikin kalmasına razı olması hâlinde- gasp edilmiş evin boyasını bozması caiz değildir. Kısaca malik her hangi bir zarar söz konusu olmaksızın gasbın etkilerini ortadan kaldırmak hakkına sahiptir.

Hanbelîlere göre: [1] Gasb edilmiş arazi üzerinde inşaat yapmak ve ağaç dikmek hususunda tamamıyla Şafiîlerin görüşündedirler. Bu görüşleriyle *"Zalim bir kökün hiç bir hakkı yoktur"* hadisi ile amel ederler. Araziye ekin ekilmesi hâli ile ilgili olarak da şöyle derler: Malik, ekini hasada kadar bıraktırıp gâsıp da arazinin kirası ile arazide meydana gelen eksilmenin kıymetini almak ile ekini alıp gâsıba masrafını vermek arasında muhayyer bırakılır. Böylelikle şu hadis-i şerifle amel edilmiş olur: *"Her kim başkalarına ait arazide onların izinleri olmaksızın ekin ekecek olursa, ekinden ona ait bir şey yoktur ve ona nafakası verilir."* [2] Bir başka hadiste de şöyle denilmektedir: *"Ekininizi alınız, ona da yaptığı masraflarını veriniz."* [3] Burada kendisine masrafları ödenecek kişi gâsıptır. Bu görüş en adil ve uygulama kabiliyeti en çok olan görüştür.

g) Gasp edilenin gelir ve menfaatlerinin tazminatı:

Gasp edilen şeyin menfaatleri ve geliri bahsinde önceden şunu açıklamıştık: Gasp edilmiş ayn'ların icara verilmesi gibi hallerde alınan ücret ve gasp edilenin benzer gelirleri, Ebu Hanife ile Muhammed'in görüşüne göre gâsıba helâl değildir. Çünkü bu kazanç, haram olan bir sebep dolayısıyla meydana gelmiştir. O da başkasının mülkünde tasarruf etmektir. Bundan kurtulmanın yolu ise onu tasadduk etmektir.

Ebu Yusuf ve Züfer ise şöyle demektedir: "Tazminatını ödemesi hâlinde sağlanan kâr, gâsıp için helal olur. Çünkü bu durumda gasp edilen şey tazminatı ödenerek gâsıbın mülkü olmuş olur." Bu ise Hanefîlerce kabul edilmiş bulunan şu kaide ile amel etmenin bir sonucudur: "Tazminatı ödenen şeylere, tazminatın ödenmesiyle gasp vaktinden itibaren hesap edilerek malik olunur."

Gasp edilenin, akarda sakin olmak (oturmak), arabaya veya bineğe binmek, elbiseyi giymek, bir şeyi kullanmak ve araziyi ekmek gibi menfaatlerine gelince,

---

1- *el-Muğnî,* V, 223-225, 234, 245; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 87, 94.

2- Ahmed ve Nesei müstesna *Sünen* sahipleri Rafi b. Hadîc'den rivayet etmiş olup, Buharî *hasen* bir hadistir, demiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 319 vd.

3- Bu hadis Ahmed, Ebu Dâvud, Taberanî ve başkaları tarafından rivayet edilmiştir: *"Peygamber (a.s.), Zahîr'in arazisinde ekin görmüş ve bu ekinden hoşlanmış: "Bu ekinin ne kadar güzeldir ey Zahîr?" diye buyurmuştur. Onların: "Ekin Zahîr'e ait değildir, filânındır" demeleri üzerine, şöyle buyurdu: "Ekininizi alınız ve ona masrafını geri veriniz."* *Neylü'l-Evtâr,* V, 320.

önceden açıklamış olduğumuz üzere Hanefîlere göre tazminatı söz konusu değildir. Ancak şu üç şey bundan hariçtir:

Şayet gasp edilen şey vakıf, yetim malı veya kendisinden faydalanılmak, yani gelir getirecek durumda hazırlanmış bir mal ise tazminatı ödenir. Çünkü menfaat onlara göre kıymeti olan bir mal değildir. Ve bu menfaat ancak üzerinde icare akdi bulunmasıyla kıymet taşır. Diğer taraftan gasp edilen şey telef olacak olursa gâsıp *"Gelir tazminatın karşılığıdır"* (1) yani tazminatı ödenme mukabilinde menfaat sağlanır anlamındaki hadis-i şerif ile amel ederek tazminatını ödenir. Bu durumda hakimin sadece gasp edilenin eğer duruyorsa sahibine geri verilmesine, telef olmuş ise de mislinin veya kıymetinin ödenmesine hükmetmekten başka yapacak bir şeyi yoktur.

Hanefîlerin dışındakiler de, açıklamış olduğumuz gibi şöyle derler: "Gasp edilenin menfaatinin de tazminatı ödenir. Çünkü menfaatler de tıpkı ayn'lar gibi kıymet taşıyan maldır ve çünkü bütün mallarda özellikle tespit edilen maksat, onların menfaatleridir." Nitekim el-İzz Abdüsselâm da böyle söylemiştir. (2)

Ancak Malikîler şöyle demektedir: "Ev ve arazi gibi malların menfaatlerinin tazminatı sadece kullanma durumunda söz konusu olur. Terk edilmeleri hâlinde tazminat yoktur. Yani menfaatin fevt olmasında değil de, fevt ettirilmesi hâlinde tazminat ödenir. Bu bir şeyin ayn'ının gasp edilmesi hâlinde böyledir. Şayet sadece menfaati gasp edecek olursa -evi kilitlemesi, hayvanı alıkoyması ve buna benzer uygulamalarda bulunması hâlinde-, bu menfaatlerin sahibi için mücerret fevt olması ile, tazminatının ödenmesi icap eder; velev ki kendisi kullanmamış olsun.

Şafiîlerle Hanbelîler ise şöyle demektedir: Gasp veya tecavüz sebebiyle, o maksatla kiralanan malın menfaatlerinin tazminatı ödenir. Gâsıbın bu menfaatleri bizzat tamamen tahsil etmesi veya öylece terketmesi arasında bir fark yoktur. Yani haksız bir elde yani tecavüz eden ve tazminat ödemesi gereken bir elde, hem fevt olmak, hem de fevt ettirmek sebebiyle tazminat söz konusudur. (3)

h) Gasıp ile mal sahibinin ihtilafı:

Gâsıp ile malikin anlaşmazlıklarının birçok şekilleri söz konusudur. Bu ihtilâfın tazminat sorumluluğunu yüklenmekte etkisi vardır. Eğer gâsıbın sözünü doğru kabul edecek olursak, tazminattan kurtulması icap edebilir. Şayet malikin sözünü

1- Hadisi Şafiî, Ahmed ve *Sünen* sahipleri rivayet etmiş olup, Tirmizî *sahih* olduğunu belirtmiştir. İbn Huzeyme, İbnü'l-Cârûd, İbn Hibban, Hakim ve İbn Kattan da rivayet etmiştir. Buharî *zayıf* olduğunu belirtmiştir. *Haraç,* gelir ve kira demektir. *Sübülü's-Selâm,* III, 30.

2- *Kavâidü'l-Ahkâm,* I, 152 vd.

3- *Tefvît* (fevt ettirmek) ile kastedilen, menfaatin elde edilmesidir. Kitabın mütalaa edilmesi, bineğe binmek, miski koklamak, elbiseyi giymek gibi. *Haksız* (yani saldıran) *bir elde fevt olmak* (fevat) ise menfaatleri elde etmeden başıboş kaybolmak üzere terketmek demektir. Hiç kimseyi oturtmaksızın evi kilitlemek gibi. *Muğni'l-Muhtâc,* II, 286.

doğru kabul edecek olursak, bu sefer gâsıbın tazminat yükünü yüklenmesi icap edebilecektir. Bu konuda fakihlerin oldukça geniş açıklamaları bulunmaktadır. Bunları aşağıdaki şekilde özetlemeye çalışalım:

Hanefilere göre: [1] Gâsıp "Gasp edilen şeyler benim elimde (yani kaza ve kaderin bir gereği olarak) telef oldu" diyecek olsa ve kendisinden gasp edilen kişi de sözünü doğrulamasa ve gâsıbın da her hangi bir delili olmasa, hakim gâsıbı gasp ettiği şey eğer gerçekten var olsaydı genellikle ortaya çıkacağı kadar bir süre haps eder daha sonra da tazminat ödemesi için aleyhinde hüküm verir. Çünkü gasbın aslî hükmü, önceden de açıklamış olduğumuz gibi, gasp edilenin aynen geri verilmesinin vacip olduğu şeklindedir. Kıymet ise onun bedeli veya yerini tutan halefidir. Aslın iadesinden aciz olunduğu sabit olmadıkça halef olan kıymetin ödenmesi hükmü verilmez.

Gasbın aslında veya gasb edilenin cins ve türü konusunda yahut miktar veya niteliğinde veya gasp zamanı, gasp edilenin kıymetinde gâsıp ile malik arasında anlaşmazlık ortaya çıkacak olursa, bütün bu hususlarda yemini ile birlikte gâsıbın sözüne itibar edilir. Çünkü malik, onun aleyhine tazminat iddiasında bulunmakta, o da inkar etmektedir. Dolayısıyla onun sözüne itibar edilir. Çünkü şeriatte yemin inkâr edene düşer.

Eğer gâsıp gasp edilenin malike geri verildiği iddiasında bulunsa, yahut gasp edilendeki kusuru malikin meydana getirdiği iddiasında bulunsa açık delil bulunmadıkça gâsıbın sözü doğru kabul edilmez. Çünkü şeriatte delil getirmek iddia sahibine aittir.

Şayet iki delil arasında çelişki ortaya çıkarsa, malik bineğin yahut da arabanın gâsıbın binmesinden dolayı telef olduğuna dair delil getirse, gâsıp da bunu malike sağlam olarak iade ettiğine dair delil getirse, malikin delili kabul edilir, gâsıbın da gasp edilenin kıymetini ödemesi icap eder. Çünkü gâsıbın delili malikin delilini geçersiz kılmaz. Zira bu delil gasp edilenin reddedildiğine dair getirilmiştir. Onu geri ödemiş olması, sonra ikinci bir defa daha onu gasp ederek binmesi ve elinde iken telef olması mümkündür.

Malikîler göre: [2] Bunlar da Hanefîler gibi şöyle demişlerdir: "Şayet gâsıp ile kendisinden gasp edilen kişi, gasp edilenin telefi yahut türü veya niteliği veya miktarı konusunda anlaşmazlığa düşseler ve her ikisinin de delili yok ise yemini ile birlikte gâsıbın sözü kabul edilir."

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [3] Gâsıp ile kendisinden gasp edilen kişi, gasp edilenin kıymeti hakkında anlaşmazlığa düşerler ve gâsıp "Onun kıymeti on idi"

1- *el-Bedâyi',* VII, 163 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 387; *el-Lübâb,* II, 194.
2- *eş-Şehru'l-Kebîr,* III, 456; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 331.
3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 287; *el-Mühezzeb,* I, 376; *el-Muğnî,* V, 272; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 125.

malik de "Oniki idi" diyecek olsa, yemini ile birlikte gâsıbın sözü doğru kabul edilir. Çünkü aslolan gâsıbın zimmetinin fazla miktardan beri olmasıdır. Malike de açık delil getirmek düşer.

Gasp edilenin telefi konusunda ihtilafa düşerek kendisinden gasp edilen kişi: "O halen mevcuttur" dese, gâsıp da: "Telef oldu" diyecek olsa, yemini ile birlikte gâsıbın sözüne itibar edilir. Çünkü telefe açık delil getirmek imkânsızdır.

Aynı şekilde gasp edilen miktar yahut da ondaki bir zarar konusunda ihtilafa düşseler ve taraflardan birisinin delili yoksa, yemini ile birlikte gâsıbın sözüne itibar edilir. Çünkü o, malikin kendi aleyhine iddia ettiği fazlalığı kabul etmemektedir.

Gasp edilenin geri verilmesi konusunda ihtilafa düşseler ve gâsıp: "Ben onu geri verdim" derken malik de bunu kabul etmese malikin sözü kabul edilir. Çünkü asıl olan reddetmeme keyfiyeti ondan yanadır. Aynı şekilde telef olduktan sonra gasp edilen şeydeki kusur hususunda aralarında görüş ayrılığı ortaya çıksa ve gâsıp, mesela, "Hastaydı" veya "Kördü" diyecek olsa, malik de bunu kabul etmese, yemini ile birlikte malikin sözü kabul edilir. Çünkü aslolan kusurlardan azade olmaktır. Bu da Hanefîlerin görüşüne uygundur.

Böylece her dört mezhebin de gâsıp ile malikin ihtilaf etmesi davalarında ittifak halinde oldukları görülmektedir.

ı) Gâsıbın gâsıbı ve onun hükmünde olanlar:

Bir kişi bir başkasından bir şey gasp edecek olsa, diğer bir kişi gelerek o da ondan gasp edecek olsa ve elinde telef olsa, dört mezhebin de ittifakıyla [1] malik muhayyerdir. Dilerse birinci gâsıba ödettirir. Çünkü gasp fiili. Yani malikin elini o şey üzerinden izale etme ondan ortaya çıkmıştır. Dilerse de ikinci gâsıba veya telef edene tazmin ettirir. İkinci gasbı bilmesi yahut bilmemesi arasında da fark yoktur. Çünkü ikinci gâsıp, kendi malını muhafaza etme durumundaki malik hükmünde bulunan birinci gâsıbın elini izale etmiştir. İlk gâsıp bunu ilk malike iade etme imkanına sahip bulunuyordu. İkinci gâsıp da başkasına ait olan malı izni olmaksızın eline geçirmiş bulunmaktadır. Bilmemek tazminatı ortadan kaldırmaz. Diğer taraftan telef eden kişi de o şeyi telef etmiştir. Bunu gerektiren ise -kanunen- kendisinden gasp edilen malikin aynî hakkı gereğince böyledir. Bunun özelliklerinden birisi ise, ayn kimin elinde bulunursa bulunsun, gasp edilen ayn'a tabi bir hakkın ispat edilmesi de vardır.

Şayet malik birincisine tazminat ödetmeyi seçecek olsa ve gasp edilen şey ikinci gâsıbın elinde telef olmuş ise, birinci gâsıp ikincisinden tazminatı alır. Çünkü

1- *el-Bedâyi'*, VII, 144, 146; *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, İbni Nuceym, II, 96 vd; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr*, V, 126 vd., 139; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 457; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 279; *Fethu'l Aziz Şerhu'l-Vecîz*, XI, 252; *el-Muğnî*, V, 252; *Mecelle*, madde 910.

o tazminatın kıymetini ödemek suretiyle -Hanefîlere göre- tazminatı ödenen yani gasp edilen şeye bu vakitten itibaren malik olmuş olur. Bu durumda ikincisi birincisinin mülkünü gasbetmiş olur. Birinci gâsıbın ikincisine başvurma sebebi ise, Hanefîlerin dışındakilere göre, telef olmasında kendisinin her hangi bir fiili olmadığı halde malın tazminatını ödemiş olmasıdır.

Şayet malik, ikinci gâsıba veya telef edene tazminat ödettirmeyi seçecek olursa, ikinci gâsıp bu tazminatı kimseden rücu edip alamaz ve tazminat nihayet onun zimmetinde karar kılar. Çünkü o kendisinin yaptığı işin tazminatını ödemiştir. O da malikin elini izale etmek yahut o şeyi telef etmek ya da tüketmektir.

Malik tazminatın bir kısmını bir kişiden, öbür kısmını da bir diğer kişiden alma imkanına da sahiptir. Şu kadar var ki, Hanefîler böyle bir durumda malikin muhayyer bırakılması ilkesinden şu istisnayı yapmışlardır: Şayet gasp edilen vakıf ikinci bir şahıs tarafından gasp edilir ve ikinci gâsıp da birincisinden daha varlıklı olursa, vakıf mütevellisi sadece ikincisine tazminat ödetir.

Hanefîlerce daha tercih edilen görüşe göre malik, onlardan birisine tazminat ödetmeyi seçtiği takdirde (ister birincisine, ister ikincisine olsun) ötekisi tazminat ödemekten sadece bu seçim ile ibra olur. Bundan sonra ona tazminat ödettirme hakkı yoktur.

Şayet ikinci gâsıp gasp edileni birincisine verecek olursa, tazminat ödemekten kurtulur. Onu doğrudan doğruya malike verdiği takdirde ise her ikisi de tazminattan kurtulurlar. (1)

İlk Gâsıp ve Onunla Birlikte Tasarrufta Bulunan Kişi:

Hanefîlere göre: (2) Malikin birinci gâsıba yahut birinci gâsıptan rehin alana, kiralayana, ödünç ya da satın alana tazminat ödettirme hakkı da vardır. Yahut birinci gâsıbın gasp ettiği şeyi eline vedia (emanet) olarak bıraktığı ve elinde telef olduğu şahsa da tazminat ödetebilir. Şayet birinci gâsıp tazminatı ödeyecek olursa, tazminat onda karar kılar ve kimseye rücu edip bir şey alamaz. Şayet rehin alan, kiracı ve emanet alan, ya da müşteri tazminat ödeyecek olursa hepsi de gâsıba tazmin ettikleri miktarı alırlar. Çünkü onlar onun namına bir iş yapmışlardır. Müşteri, tazminat olarak kıymeti ödemesi halinde satıcı olan gâsıba o semen (bedel) almak için rücu eder. Çünkü satan, sattığı şeyin istihkâkın tazmin eder. Kıymetin geri verilmesi ise ayn'ın geri verilmesi gibidir.

Gâsıptan âriyet (ödünç) olarak alan yahut kendisine hibe edilen veya gâsıbın kendisine tasaddukta bulunduğu kimseye gelince: Tazminat -gasbı bilmese dahi- onda karar kılar. Çünkü o bu durumda kendi namına malı kabzetmiş olmaktadır.

1- *Mecelle,* madde 911; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 138.
2- *Reddü'l-Muhtâr,* V, 139.

Şafiîlere göre: [1] Gasp eden ve onunla muamelede bulunan kişiler malın gasp edildiğini bilmiyor olsalar dahi tazminat ödemek durumundadırlar. Çünkü o (yani ele geçiren) başkasının mülküne izni olmaksızın el koymuş bulunmaktadır. Bilgisizlik ise tazminatı kaldırmaz, sadece günahı kaldırır. O bakımdan malik, onlardan dilediğinden tazminat talebinde bulunur. Şu kadar var ki, onun hakkında gasp manasının gerçekleştiğinden söz edebilmek için gasbı bilmediği sürece gâsıptan alanın üzerine tazminat karar kılmaz. Yahut gasbı bilmemekle birlikte elinde bulunduran şahıs ödünç alan, müşteri, karz alan ve satın almak üzere elinde bulunduran (sâim) durumlarda olduğu gibi asıl itibariyla tazminat yolu ile elinde bulunduruyor ise tazminat öder. Çünkü o gâsıp ile tazminat esası üzere muamelede bulunmaktadır ve gâsıp bu konuda onu aldatmış değildir.

Şayet gasp edilen şeyi elinde bulunduran kişi onun gasp edildiğini bilmiyor ve emanet olarak elinde bulunduruyorsa, ortada da hibe söz konusu değilse -vedî' ve mudarib gibi- bu takdirde tazminat, alan üzerinde değil de gâsıbın üzerinde karar kılar. Çünkü bu kişi, vekili sıfatıyla gasıp ile muamele yapmaktadır. Kendisine hibe yapılan kişiye gelince; ezhar olan görüşe göre tazminat onda karar kılar. Çünkü onun elinde bulundurması tazminat yolu ile değildir; o şeyi mülk edinmek üzere almış bulunmaktadır.

Buna göre, gasbın bilinmemesi durumunda Hanefîlerle Şafiîlere göre tazminat, âriyet (ödünç) olarak alanda, kendisine hibe edilende ve kendisine tasaddukta bulunulanda karar kılar. Her birisi emin olarak kabul edilen *vedî* ve *mudârib* ise, Hanefîlere ve Şafiîlere göre ödemiş dahi olsalar bu tazminat nihayette gâsıp üzerinde karar kılar. Bütün hallerde gâsıba veya ondan alana tazminat ödettirileceği konusunda Hanefîlerle Şafiîler arasında hiçbir görüş ayrılığı yoktur.

2. Malın Telef Edilmesi ve Hükmü

Telef etmenin (İtlâfın) tarifi ve tazminata sebep teşkil etmesi:

İtlâf (telef etmek), [2] Bir şeyi âdeten kendisinden sağlanmak istenen menfaatin dışına çıkartarak yararlanılamaz duruma getirmektir. [3] Böyle bir iş tazminatı gerektiren bir sebebtir. Çünkü bu bir tecavüzdür ve bir zarar vermedir. Şanı yüce Allah ise şöyle buyurmaktadır: *"Her kim size saldıracak olursa siz de onun size saldırdığının misli ile ona karşı saldırınız. Fakat dâima Allahdan korkun."* (Bakara, 194) Hz. Peygamber de şöyle buyurmuştur: *"İslâm'da zarar da yoktur, zarara zararla karşılık vermek de yoktur."* Gasp sebebiyle tazminat icap ettiğine göre, telef etmek sebebiyle bunun vacip olması öncelikle söz konusudur. Çünkü telef etmek

1- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 279.

2- *İtlâf, ifsat* ve *istihlâk,* fakihlerin ıstılahında birbirine yakın manaları olan terimlerdir. Bunlar hepsi daha genel olan "zarar" teriminin kapsamına girerler. Zarar ise başkalarına her hangi bir fesat vermek veya ayn'lara dahil olan her türlü eksiklik demektir.

3- *el-Bedâyi',* VII, 164.

bir tecavüz ve mutlak bir zarar vermedir.

Telefin doğrudan doğruya vuku bulması ile sebep olunarak meydana gelmesi arasında bir fark yoktur. Doğrudan doğruya meydana gelmesi, telef mahalline vasıtasız olarak zarar vermekle olur. Sebep olunarak meydana gelmesi ise, başkasının telef olması sonucunu doğuran bir yerde belli bir fiili işlemektir.

Aynı şekilde kasten veya hata yoluyla telef etmek dolayısıyla tazminat açısından da bir fark olmadığı gibi, bülüğun veya temyîzin bulunması ile bulunmaması arasında da fark yoktur. Kasten ya da hata yoluyla telef eden kimse, dört mezhebin ittifakı ile tazminat öder. Büyük, küçük, deli veya uyuyan kişi bir şeyi telef edecek olurlarsa, yine fakihlerin cumhuruna göre tazminat öderler. Malikîler mümeyyiz olan küçük ile olmayan arasında fark gözetirler. Onlara göre mümeyyiz eğer mal sahibi ise, telef ettiğini öder. Şayet malı yoksa durumu takip edilir, malı olunca verir. Mümeyyiz olmayana gelince, hayvanda olduğu gibi can veya mal telef edecek olursa üzerine bir şey düşmez. Deli de onun durumundadır. [1]

Şu kadar var ki fakihler bazı durumlarda sebebin varlığını takdir etmek hususunda farklı görüşlere sahiptirler. Aşağıdaki haller bunlar arasındadır:

1- Kapıyı açmak veya bağı çözmek:

Birisi bir dükkanın kapısını açsa ve kapıyı açık bıraksa da oradan bir şey çalınsa, yahut bir hırsıza veya bir zalime yardımcı olarak onların zarar vermelerini sağlasa, yahut bir kuşun kafesini açıp kuş uçsa veya bir hayvanın yularını çözse o da kaçsa veya ahırın kapısını açarak hayvan oradan çıksa, yahut bir geminin bağını çözse gemi de batsa ya da rüzgârın etkisiyle uzaklaşıp gitse; *Ebu Hanîfe ile Ebu Yusuf'a göre,* bütün bu olaylara sebep olan kişi tazminat ödemez. [2] Çünkü sadece kapıyı açmak ve benzeri davranışlar ne doğrudan doğruya ve ne de sebep olmak yoluyla bir teleftir. Çünkü telefin bir başka unsurunun da burada etkisi olmuştur ki, o da hırsızlık yahut uçmak veya kaçmak, ya da suya gömülmek ve benzeri şeylerdir. Hırsız bu işi doğrudan yapan kişidir. Kaçmayı seçen, kuş veya hayvandır. Suya gömülmeye veya kaybolmaya sebep olan ise, su veya rüzgârdır. Dolayısıyla sadece kapının açılması yahut bağın çözülmesi, tek başına mutlak bir sebep değildir; o bakımdan bunların bir hükmü yoktur.

Malikîler, Hanbelîler ve Muhammed b. Hasan'a göre: [3] Bu işlere sebep olan (müsebbib) tazminat öder. Çünkü o kimse telefe sebep teşkil etmiştir. Bu gibi durumlarda zararın meydana gelmesi tabiat veya âdet itibarıyla beklenen bir durum-

1- *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 139; İbn Nuceym, a.g.e., I, 77; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 378, 415; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 404 vd.; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 332, 333; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 277; *Keşşâfu'l Kınâ',* IV, 128.

2- *el-Bedâyi',* VII, 166; *Camiu'l-Fusuleyn,* II, 115 vd.; *Mecmau'd-Damânât,* 148.

3- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 451; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 332; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 128 vd.; *el-Muğn* V, 280, 282; *el-Kavâid,* İbn Receb, 285.

dur. Kanaatimce mantıkî ve adil olan görüş de budur. Nitekim *Mecelle*'nin 922'nci maddesi de bu görüşü almıştır.

Şafiîler ise konu ile ilgili etraflı açıklamada bulunarak [1] şöyle demektedirler: Her kim bir kuş kafesinin kapısını açıp oradan kaçsın diye ürkütse, kuş da hemen uçsa tazminatını öder. Çünkü kuşu uçmak zorunda bırakan odur. Şayet açmakla yetinse, azhar olan görüşe göre eğer hemen uçarsa tazminatını öder. Çünkü onun hemen uçması ürkütüldüğünü gösterir. Eğer bir süre durduktan sonra uçarsa tazminatını ödemez. Çünkü durduktan sonra uçması, kuşun kendi isteği ile uçtuğunu gösterir.

Böyle bir açıklama hayvanın bağının çözülmesine, yahut ahır kapısının açılmasına ve benzeri durumlara da uygun düşer, onlara da uygulanabilir.

Aynı şekilde, bir kabın içerisinde bulunan bir alafın üzerinde ki bağı çözse ve hemen bir hayvan o alafı yese bunu yapan tazminatını öder. Bir dükkanın kapısını açsa ve birisi oradan bir şey çalsa veya bir hırsıza orayı gösterse, o da oradan bir şey çalsa, her hangi bir tazminat ödemesi gerekmez. Çünkü tazminatın kendisine taalluku mümkün olabilecek bir sebep onun tarafından çıkartılmamıştır.

Şayet geminin halatını çözse de gemi suya batsa, eğer hemen batmışsa tazminatını öder. Çünkü gemi onun fiili dolayısıyla telef olmuştur. Şayet bir süre su üstünde durduktan sonra batacak olursa, eğer fırtına gibi bir sebep dolayısıyla olmuşsa tazminatını ödemez. Çünkü onun fiili dışında bir sebeple suya batmıştır. Şayet meydana gelen bir sebep olmaksızın batmışsa bu konuda iki görüş vardır:

Birisine göre; ağzı açıldıktan sonra yerinde duran daha sonra da yıkılan kırba (tulum) da olduğu gibi tazminat ödemez.

Diğerine göre ise tazminat öder. Çünkü su telef edici unsurlardan birisidir.

2- Yağ tulumunun açılması:

Bir kişi içinde yağ, tereyağı ve buna benzer şeyler bulunan bir tulumu (kırbayı) açsa ve içindekiler de dökülse bu durumda fakihlerin açıklamaları şu şekildedir:

Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'a göre: [2] Eğer yağ sıvı durumda ise ve ondan akarsa tazminatını öder. Şayet yağ katı olup güneşin etkisi ile erise ve aksa tazminatını ödemez. Çünkü sıvı şey tabiatı itibarıyla çıkacak bir yer bulduğunda âdeten tutulması imkânsız olacak şekilde akıp gider. Dolayısıyla sıvının kabı üzerindeki bağı çözmek, telef olmasına sebep olmak demek olur. Katı olan ise, tabiatı itibarıyla akmaz. Şayet güneşin ısısı etkisiyle eriyip akacak olursa, kabın ağzını açan kişi ne doğrudan doğruya, ne de sebep olarak onu telef etmemiştir.

1- *Fethu'l-Azîz...*, XI, 245 vd; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 278; *el-Mühezzeb*, I, 374 vd.
2- *el-Bedâyi'*, VII, 166; *Mecmau'd-Damânât*, 148, 153.

Malikîler, Hanbelîler ve Muhammed b. el-Hasan'a göre: (1) Başkasına ait içinde sıvı yağ bulunan bir tulumu yararak yağın akıp telef olmasına neden olan kişi tazminat öder. Yahut katı bir yağ tulumunun bağını çözse güneş de onu eritse ve bu kaptan taşsa, yahut çözmesinden sonra tulum olduğu gibi kalsa, esen bir rüzgar yahut bir zelzele onu yere düşürüp dökülse ve anında içindekilerin hepsi dökülse veya azar azar çıksa yahut ondan bir şey çıkıp altını nemlendirse ve bundan dolayı düşüp içindekiler de dökülse yine tazminatını öder. Çünkü bütün bu durumlarda, sebep olan kişinin kasti fiili söz konusudur. Zararın onun yaptığı işin akabinde meydana gelmesi ile daha sonra meydana gelmesi arasında bir fark yoktur. Makul olan görüş budur.

Şafiîlere göre: (2) Eğer tulum yerin üzerinde bırakılmış ise ağzı açıldığı için içindekiler dökülüp telef olursa tazminatı öder. Hatta bu dökülme güneşin eritmesi, yahut bir ısı veya bir rüzgar sebebiyle ve bir süre geçmekle birlikte meydana gelmiş olsa bile hüküm böyledir. Çünkü böyle bir telef onun fiilinin bir sonucudur. Malikin hazır olup bu telefi telafi etme imkanı olduğu halde bunu yapması veya yapmaması durumu değiştirmez. Bu ise Malikîlerin ve onların görüşlerini paylaşanların kanaatleri gibidir.

Şayet tulum bir şeye dayandırılmış iken ağzını açsa ve tulum hemen yıkılıp içindeki dökülse, yahut da ondan sızan sıvının tulumun devrilmesine sebep olmasıyla bu durum meydana gelse tazminat öder. Eğer rüzgar sebebiyle veya buna benzer zelzele gibi sebeplerle yıkılacak olsa veya bir kuşun düşmesi sonucu yıkılsa, yahut durum bilinmeyip neden düştüğü anlaşılamasa tazminat yoktur. Çünkü telef onun fiili ile meydana gelmiş değildir.

3- Korkutma:

Hakim bir kadına haber gönderip mahkemeye davet etse, kadın da korktuğundan dolayı çocuğunu düşürse, ya da aklını kaybetse, bu durumda fakihlerin açıklamaları şu şekildedir.

Ebu Hanife ile İbn Hazm'a göre: (3) Bu durumlarda hiçbir kimsenin tazminat ödemesi gerekmez. Çünkü böyle bir sebep sonuç ile kesinlikle bir arada (muttasıl) değildir.

Cumhura göre: (4) Hakim diyetini tazminat olarak öder. Çünkü Hz. Ömer bir kadını çağırmış, kadın da düşük yapmıştır. O da bu şekilde diyetini ödemiştir. Bu konu ile ilgili açıklamalar *Cinayetler Bölümü*'nde geçmiş bulunuyor.

1- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 332; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 129; *el-Bedâyi',* VII, 166.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 278; *el-Mühezzeb,* I, 375; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* IV, 111 vd.

3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 397; *Mecmau'd-Damânât,* 172; *el-Leali ed-Dürriyye... -Camiu'l-Fusûleyn hamişinde-,* II, 112, -el-Ezheriyye, 1. Baskı-; *el-Muhallâ,* XI, 29 vd.

4- *eş-Şerhü'l-Kebir,* IV, 244; *el-Mühezzeb,* II, 192; *el-Muğnî,* VII, 832 vd.

4- Engel olmak ve hapsetmek:

Bir kimse maliki, malı telef oluncaya kadar hapsetse (alıkoysa) veya telef oluncaya kadar davarlarından alıkoysa, Hanefîlerin cumhuru bu konuda şöyle der: [1] Şayet mal menkul ise tazminatını öder, akar ise ödemez. Bu, gasbın akarda değil ancak menkulde gerçekleşmesinin mümkün olduğu görüşünde olan Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'un görüşüdür. Muhammed ise, her ikisinde de, yani menkulde de akarda da gasp cereyan eder, görüşündedir.

Malikîlerle Hanbelîlere göre: [2] Bunu yapan kimsenin bu işi sebebiyle telef olanın tazminatını ödemesi gerekir. Çünkü helâk olmasına sebep teşkil etmiştir.

Şafiîlere göre: [3] Eğer sebep teşkil eden kişinin maksadı maliki mülkünden alıkoymak ise tazminatını öder. Bu aynı zamanda engel olmanın (haylûle) da ilkesidir. *Haylûle,* telef oluncaya kadar kişi ile mülkü arasında engel teşkil etmek demektir. Şayet onun maksadı, mülkünden alıkoymak değilse tazminat ödemez. Çünkü o malda tasarruf etmiş değildir, onun tasarrufu sadece malik üzerindedir. Böylece haylule'nin, fakihlerin cumhuruna göre akit yapmak, elde bulundurmak ve telef etmeden sonra tazminat ödemeyi gerektiren sebeplerin dördüncüsü olduğu ortaya çıkmaktadır. Hanefîlere göre ise bu durum, sadece menkullerde söz konusudur, taşınamayanlarda söz konusu değildir.

Telef etmekten doğan tazminatın icap etmesinin şartları:

Telef etmek sebebiyle tazminatın icap etmesi için aşağıdaki şartlar aranır:[4]

1- Telef edilen şeyin mal olması:

Meyte'nin ve derisinin, kanın, adi toprağın, köpeğin, necis gübrenin ve buna benzer örfen ve şer'an mal olmayan şeylerin telef edilmesi ile tazminat söz konusu değildir.

2- Malı telef edilene göre o malın mütekavvim olması:

Mütekavvim mal, zaruret hali dışında, şer'an kendisinden yararlanılması mübah olan maldır. Buna göre müslümana ait olan şarabın veya domuzun telef edilmesinde tazminat söz konusu değildir. Telef edenin Müslüman veya zimmî olması arasında da fark yoktur. Çünkü Müslüman için şarap ve domuz kıymet taşıyan bir

1- *Câmiu'l-Fusuleyn,* II, 117; *el-Lübâb,* II, 189.
2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 242; *el-Muğnî,* V, 223; VII, 834.
3- *Fethu'l-Vecîz...* XI, 247; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* IV, 112; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 283.
4- *el-Bedâyi',* VII, 167 vd.; *el-Mebsût,* XI, 53; Dürerü'l-Hukkâm, II, 268; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 233-237; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 397; *el-Lübâb,* II, 195; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* II, 204; *el Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 333; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* IV, 111· *Muğni'l-Muhtâc,* II, 277; *Keşşâfu'l Kınâ',* IV, 128, 146 vd.

mal değildir. Zira Müslümanın bu ikisinden yararlanması şer'an mübah olmadığından, kıymetleri de olmaz.

Müslüman olmayana yani zimmîye ait olan şarap ve domuzların, telef eden ister Müslüman ister başkası olsun tazminatlarını öder. Müslüman bunların kıymetini ödemek durumundadır. Müslüman olmayan kimse ise mislini öder. Bu görüş Hanefîlerle Malikîlere göredir. Çünkü onun haksızlık ettiği bunlardır ve çünkü bunlar Müslüman olmayanlar yanında saygı duyulan mallardandır.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: Domuz ve şarabın tazminatı yoktur. Çünkü kan, meyte ve diğer necis ayn'lar gibi bunların da kıymeti yoktur. Kendisiyle yararlanmanın haram kılındığı şeyin yerine geçen bir bedel ödenerek tazminatı verilmez. Nitekim mütekavvim olmayanın gasp edilmesi konusunda bu hususları açıklamış bulunuyoruz.

Aralarında Ebu Yusuf ile Muhammed'in de bulunduğu fakihlerin cumhuruna göre putların ve fesada alet olan zurna, ud ve benzeri müzik ve eğlence aletlerinin telef edilmesiyle de tazminat yoktur. Çünkü bunların kıymet taşımaları söz konusu değildir. Buna sebep ise bunların sağladığı menfaatin, -lehiv aletleri olmaları sebebiyle- hiçbir mukabili olmayan haram bir şey olmasıdır. O halde bunların kıymeti olmaz. Nitekim kıymet taşımayan şeylerin gasbı konusunda bunları açıklamış bulunuyoruz.

Ebu Hanife ile Şafiî ise şöyle demektedir: Bunlar işlenmiş kereste olmaları itibarıyla tazminatları ödenir. Çünkü bu gibi aletler eğlence ve fesada elverişli oldukları gibi, bir başka şekilde onlardan faydalanma imkanı da vardır. O bakımdan sadece bunlar kıymet taşıyan bir mal olurlar.

Hiç bir kimsenin mülkiyeti altında olmayan mübah malların telef edilmesi sebebiyle de tazminat yoktur, çünkü bunların kıymeti olmaz. Zira kıymet taşımak, bir şeyin zor elde edilmesinden ve belli bir önem ve değer taşımasından kaynaklanır. Bu durum ise ancak ihraz ve ele geçirmek ile gerçekleşir.

Fısk ve dalaletten söz eden kitapların yakılması ile de tazminat söz konusu değildir. Çünkü bu gibi kitaplar yalan ihtiva eder, insanların akidesine ve birliğine zarar verir. O bakımdan bunların telef ve yok edilmeleri icap eder. Bu gibi şeylerin telef edilmesi, eğlence ve çalgı aletlerinin, Resulullah (a.s.)'ın emrettiği [1] şekilde şarap kaplarının telef edilmesinden önce gelir. Çünkü bunların zararı bu tür şeylerin zararından daha büyüktür. Şarap kapılarının kırılması ve onların içinde bulundukları kapların, tulumların kesilmesinde tazminat olmadığı gibi, bu tür kitapların yakılması dolayısıyla da tazminat söz konusu değildir. Diğer taraftan ashab-ı kiram, yazılışı Hz. Osman'ın mushafına uymayan bütün mushafları yakmıştır. Çünkü onlar, lehçe ve telaffuz (şive) farklılıkları dolayısıyla tilâvetteki farklılığın ümmet

1- *Neylü'l-Evtâr,* V, 329 vd.

arasında ihtilaflara yol açacağından korkmuşlardı. (1)

3- Telefin (veya zararın) daimî bir şekilde ve muhakkak olması:

Eğer bir şeyin önceki haline iade edilmesi mümkün olursa tazminat ödenmesi lâzım gelmez. Mesela, hastalık tedavi edilse, yahut da saldırganın elinde olduğu sırada hayvanın kırılan dişi tekrar çıksa hüküm böyledir. Çünkü hasıl olan eksiklik izale edilince veya o diş ikinci bir defa çıkınca, artık bu zarar olmamış gibi olur ve bu durumda eksiklik sebebiyle tecavüzde bulunandan ne alınmışsa ona iade edilir. Çünkü bundan sonra meydana gelen eksikliğin tazminatı gerektiren türde olmadığı ortaya çıkmış olmaktadır. Zira vacip olma şartı gerçekleşmemiştir. Bu şart ise faydalanmaktan devamlı olarak aciz olmaktır. Bu görüş Ebu Hanife'ye aittir.

Ebu Yusuf ile Muhammed de şöyle demektedirler: Cinayeti işleyen kişi eksikliğin kıymetini tam olarak ödemekle mükelleftir. Çünkü bu cinayet tazminatı gerektirmektedir. Daha sonra meydana gelen diş ise Allah tarafından verilen yeni bir nimettir. (2)

4- Telef edende tazmin etmesini icap ettirecek ehliyet olması:

Hayvanların telef ettiği malların tazminatı ödenmez. Çünkü hayvanın yaptığı bu tür zararlar hederdir (karşılıksızdır). Malikîlerin dışındakilere göre tazminatın vacip olması için -önceden açıkladığımız gibi- temyiz şart değildir. (3)

5- Tazminatın icap edişinde bir fayda olmalı:

Böylelikle hak sahibi hakkına ulaşabilsin. Şayet tazminat ödetmekte bir fayda yoksa, yani bedel vermeyi ön gören hükmü uygulamaya güç bulunmuyor ise tazminat yoktur.

Buna göre harbînin malını telef etmesi sebebiyle Müslümanın tazminat ödemesi gerekmez. Aynı şekilde *daru'l-harb*'de harbînin de, Müslümanın malını telef etmesi sebebiyle tazminat ödeme yükümlülüğü yoktur. Çünkü bir beldenin hakiminin bir başka beldenin halkı üzerine hükümleri uygulamak velâyeti olmaz. Diğer taraftan harbînin Müslümana karşı malı ve bunun aksi de muhterem değildir. Yani korunması icap eden, koruma altında kabul edilmez; o hederdir. İşte bundan dolayı tazminatta fakihler malın muhterem olması şartını koşmuşlardır. Şeriat nazarında harbînin malı mübahtır. Onu alan kimse gâsıp sayılmaz. (4)

Aynı şekilde adil kişi, baği (isyankarın) malını telef edecek olursa veya baği olan kişi adil (5) kimsenin malını telef edecek olursa, yine tazminat söz konusu de-

---

1- *et-Turuku'l-Hukmiyye,* İbnü'l-Kayyım, 271 vd.; 275; es-Sünnetu'l-Muhammediye baskısı.

2- *el-Bedâyi',* VII, 155, 157; *Tebyînü'l-Hakâik,* VI, 137; *el-Lübâb,* III, 190.

3- *Mecelle,* madde 916'da da bu hüküm ifade edilmektedir.

4- *Nihâyetü'l-Muhtâc,* IV, 111.

5- *Adil, bağî*'nin zıddıdır. *Bâğî*'nin çoğulu "buğat" gelir. Buğat ise Haricîler gibi bir topluluk olup silah güçleri ve kendilerini koruma imkanları bulunur. Bunlar bazı şekli hükümlerde bazı nasların yanlış te'vili ile Müslüman cemaate muhalefet eden ve İslâm topraklarından herhangi birisinde

ğildir. Çünkü velayet ve hükümranlık var olmadığından dolayı tazminata ulaşmaya imkan yoktur.

Hanefîlerin dışında kalanlar [1] adiller ile bağîler arasında tazminatın gerekmemesini, hirabe hâli ile (yani çarpışmak veya imama karşı çıkmak halleri ile) kayıtlandırmışlardır. Çünkü tevil sebebiyle bağîlerin bir özrü bulunmaktadır.

Şafiîler [2] bu şartlara ek olarak malın el altında olması (üzerinde elin sabit olması) şartını da eklerler. Kişi, kasdî olmayan yürüyüşünden korkup açık bulunan kafesten uçan kuşun tazminatını ödemeyeceği gibi, müşteri de kabzdan önce telef olan malın tazminatını ödemez.

Telefe sebep olma durumunda tazminatın şartları:

Hanefîlere göre [3], böyle durumlarda tazminatın şartı üçtür:

a) *Teaddî: (tecavüz)* Sebebin faili olan kişiden teaddinin meydana gelmesi. *Teaddî,* hakkı aşmak veya şerîatin müsamaha ettiği sınırı aşmak demektir. Bir kişinin hakimin izni olmaksızın umuma ait bir yolda bir kuyu kazması yahut haksızca kendi mülkünün dışında kuyu kazması veya izin ile açmış olsa dahi zarara düşülmesini önleyecek koruyucu tedbirleri almaması gibi. Böyle bir kuyuya bir insan veya hayvan düşecek olsa, o kuyuyu kazan kişi tazminatını öder. Fırtınalı bir günde bir kişinin bir ateş yakarak bununla başkasının malının telef olması yahut içinde sıvı bulunan bir kabın ağzını çözerek o sıvının dökülmesine ya da bir vesikayı yırtıp parçalayarak orada bulunan hakların kaybolmasına veya bir kuşun kafesini açıp da -Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'un dışındakilere göre- kuşun uçmasına veya yolda bir yük taşırken o yükün bir şeyin üzerine düşerek telef olmasına veya bir kimsenin yüke takılarak tökezlemesine sebep teşkil etmesi gibi bütün bu durumlarda tazminat öder, çünkü bunlar onun teaddî sayılan fiilinin sonucudur.

b) *Teammüd (kasıt):* Fiilin irade ile ve kasten olması demektir. Bir insanın şirb [4] hakkını başka biri kendi arazisini sularken telef etmesi yahut komşusunun arazisine gitmesini önleyecek şekilde suyun önünü tıkaması ve bunun sonucunda ekinlerin kuruması veya bir insanın elbisesini çekerek içinde taşıdığı şeylerin düşüp telef olması gibi hallerde tazminat öder. Şayet bunlarda bir teammüd (kasıt) yoksa - bir kişinin bineğinin ürküp kaçarak kaybolması halinde olduğu gibi- tazminat yok-

---

üstünlük sağlamış olup kendilerine has bir asker düzenleyen ve özel hükümlerini uygulayan kimselerdir.

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 442; IV, 300; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 277 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 128.

2- *Nihâyetü'l-Muhtâc,* IV, 113.

3- *Camiu'l-Fusûleyn,* II, 116, 122, 124; *Mecmau'd-Damânât,* 323; *Şerhu'l-Mecelle,* Hâlid el-Etâsî. III, 464, *Mecelle,* madde 924; *el-Kavâid,* İbn Receb, 190 vd.; *el-Furûk,* el-Karâfî, IV, 27; II, 208; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 278.

4- *Şirb* hakkı: Arazi sulamak için sudan sahip olunan paydır. *Şefeh* hakkı ise insanın ve diğer hayvanların su içme hakkıdır.

tur. Çünkü onun bu durumunda bir teammüdü (kasıt) bulunmamaktadır. Veya daha dakik bir ifade ile *müteaddî* değildir. Gerçekte teammüd ile kastedilen teaddidir. Kastın olup olmaması arasında da fark yoktur. Deli bir kimse bir kişinin bineğine bağırsa, o da ürkse ve binicisi yahut da yükü düşüp telef olsa, bu deli malın tazminatını öder. İsterse zarar vermek kastı bulunmasın; çünkü o bununla bir müteaddîdir. Bu durumda kaide şöyle olur: "Sebep olan ancak teaddi (Kasıt) ile tazminat öder" ve: "Mubâşir (doğrudan doğruya fiili başlatan) ise teaddi etmese bile tazminat öder."

c) *Genel olarak başkasının etkisi olmaksızın sebebin neticeye kesin olarak götürmesi:* Bir başka ifade ile sebep ile müsebep (sonuç) arasında bir başka kişinin fiili girmemeli veya telef, ihtiyar sahibi ve doğrudan işi yapan bir başka kişinin fiili ile meydana gelmemelidir. Şayet tercih sahibi (muhtar) bir başka unsurun müdahalesi olmuşsa, fiil doğrudan doğruya ona nispet edilir.

Yani mübaşir ve mütesebbib ortak olsa, eğer âdeten tek başına sebep telefte etkili değilse, mübaşir (fiili başlatan) tazminat öder. Mesela, bir kişi bir yerde haksız olarak bir kuyu açsa ve o kuyuyu açanın dışında bir kişi gelse ve oraya bir insanı veya hayvanı atsa bunun tazminatı kazana değil, atana aittir. Şayet oraya bir hayvan veya başkası kendiliğinden yuvarlanıp düşecek olsa, tazminatı ödeyecek olan o kuyuyu kazan kişidir.

Şayet sebep tek başına etkili oluyor ise, mütesebbib ve mübaşir tazminat ödemekte ortak olurlar. Bir kişi bir başkasının hayvanını onun izni ile dürtse ve o hayvan da başkasını çiğnese her ikisi de tazminat öder. Çünkü burada sebep -cinayetler bölümünde daha önceden açıklamış olduğumuz gibi- başlı başına etki etmektedir.

Bununla birlikte tazminatı ödeyecek olanda temyiz çağına yahut da ergenlik çağına girmiş ve akıllı olma şartı aranmaz. Malikîlerin dışındakilere göre durum böyledir. Onlara göre küçük ve deli de telef ettikleri malların tazminatını öderler. Nitekim telefin tarifinde daha önceden bunu açıklamış bulunuyoruz.

Zaruret hali tazminattan muaf olmanın sebebi değildir. Mesela, açlık halinde bir kimse başkasının malını almak zorunda kalsa, canı telef olmaktan korumak maksadı ile o malı alması mübah olmakla birlikte, tazminat ödemesi de lâzımdır. Çünkü kaidede: "Iztırar (mecbur kalış) başkasının hakkını iptal etmez" denilmektedir.

Telef edilen malın başkasının malı olduğunu bilmemek, tazminattan kurtulmak için sebep değildir. Buna göre telef edilenin başkasının malı olduğunu bilmek, tazminatın vacip olması için bir şart değildir. Bir kişi kendisinin mülkü zannı ile bir malı telef edecek olsa, daha sonra da bunun başkasının mülkü olduğu ortaya çıksa, tazminatını öder. Çünkü telef maddî bir vakıadır ve var olması için telef edilen şe-

yin başkasının malı olduğunun bilinmesi zorunlu değildir. Bütün mesele şundan ibarettir: Telef etmek, bilgi ile birlikte gerçekleşmiş ise, hem tazminatı, hem de uhrevî günahı gerektirir. Bilmeyerek meydana gelirse, sadece tazminatı öder, günah kalkar. Çünkü hata şer'an sorumluluğu kaldırır. Zira Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Allah benim ümmetimden hata ve unutmayı ve bir de yapmak için zorlandıkları şeyi bana bağışlamıştır."* (1)

4. Tazminatın Şekli veya Mahiyeti

Malî telefler gasptaki şeyler ile vacip olur. Telef edilen şeyin mislî olması halinde misli tazminat olarak verilir. Mislî olmayan şeylerde ise telef edildiği günkü kıymetin tazminat olarak ödenmesi icap eder. Çünkü telefin tazminatı bir teaddi (kasıt) tazminatıdır. Teaddî ise, ancak misli ile meşrudur. Mümkün olması halinde mutlak misil ile amel etmek icap eder (o da hem şekil, hem de mana itibarıyla misildir). Buna imkân olmaması durumunda ise gaspta olduğu gibi manen mislini yani kıymetini vermek icap eder. (2)

1- *Hasen* bir hadis olup İbn Mace, Beyhakî ve başkaları tarafından İbn Abbas (r. anhuma)'dan rivayet edilmiştir.

2- *el-Bedâyi',* VII, 168; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 332; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 284; *Gayetü'l-Muntehâ* II, 246. Fakat mislî olan gasp edilmiş malın misli de bulunmayacak olsa, bu durumda Hanbelîlere göre mislinin piyasadan kesildiği günkü kıymetinin ödenmesi icap eder. Çünkü kıymet zimmette o zaman icap etmiştir. *el-Muğnî,* V, 258.

SÂİL (SALDIRGAN)'İN DEFEDİLMESİ -MEŞRU SAVUNMA-

1. Savunmanın Meşruluğu, Merhaleleri ve Hükmü

Bir kişi bir başkasının canına, malına veya ırzına saldırıda bulunacak olsa, yahut haksız yere malına veya canına kasdetmek üzere saldırsa, yahut ırzına tecavüz için bir kadına hücum etse ya da bir hayvan bir şahıs üzerine hücum etse, *mu'tedâ aleyh* veya *masûl'un aleyh* (yani saldırıya uğrayan)'ın ve başkasının, bu saldırıya, galip zannı ile yapacağı takdire göre, defedebilmek için gerektiği kadarıyla karşılık vermek hakkı vardır. Savunmada başkasının da ona yardımcı olma hakkı vardır. Meselâ, hırsızlar bir kafileye saldıracak olurlarsa, o kafilede bulunmayan başkalarının onları savunma hakları vardır.

Savunan, mümkün olması hâlinde en hafif olanından başlar. Eğer saldırıda bulunan kişiyi sözle, insanların yardımını istemek suretiyle defetme imkânı varsa, döverek müdafaaya girişmesi haramdır. Eğer elle vurmak suretiyle savunma imkânı varsa kamçı kullanması haram olur. Kamçı ile savmak mümkün ise, sopa kullanması haram olur. Bir organını kesmek suretiyle bu saldırıyı önlemek mümkün ise öldürmek haram olur. Şayet müdafaa ancak saldırıda bulunanı öldürmekle mümkün olabiliyorsa, savunmada olan kişi öldürme hakkına sahiptir. Çünkü bu, savunmanın zaruretleri arasında yer almaktadır. Saldıran kılıç çekecek olursa, savunan kişinin onu öldürmesi mübah olur. Çünkü ancak onu öldürmek suretiyle kendisini savunabilir. Zira başkalarının yardımını isteyecek olursa, yardım gelmeden önce saldırgan onu öldürebilir. Çünkü silahın etkisi fevrî (ani)dir.

Kısacası, müdafaada bulunan kimse, eğer hücum eden kimseyi silâhtan daha aşağı merhalede olan vurmak yolu ile defedilebileceğini biliyor ise onu yapar; değilse silâh kullanabilir. Öldürmek veya silâh kullanmak "Zarar, zarar ile izale olun-

maz" kaidesinden istisna olarak, zaruret dolayısıyla caiz kabul edilmiştir. Daha hafif yollarla maksadı gerçekleştirmenin mümkün olması halinde ise, daha ağır olana başvurmayı gerektiren bir zaruret söz konusu değildir. Bilindiği gibi: "Zaruretler miktarlarınca takdir olunur." O kadar ki saldırıya uğrayan kişi kaçmak yahut bir kaleye veya bir topluluğa sığınma imkânına sahip ise, bunu yapması bir görevdir. Nitekim Şafiîlerle Malikîler bu durumu açıkça ifade etmişlerdir. Hanbelîlerdeki bir görüş de böyledir. Bu durumda da saldırganın veya hücum eden kimsenin öldürülmesi haram olur. Çünkü saldırıya uğrayan kişi daha ehven yol ile kendisini kurtarmakla emrolunmuştur. Kaçmak ve benzeri gibi çareler öbürlerinden daha kolay olduğundan dolayı da daha ağır ve şiddetli olan yola beşvurulmaz [1] el-İzz Abdüsselâm şöyle demektedir: "Saldırganlar saldırılarına son verdikleri takdirde onlarla çarpışmak ve öldürülmeleri haram olur." [2]

Kur'an-ı Kerim'den savunmanın delili yüce Allah'ın şu buyruğudur: *"Onun için, size kim saldırırsa siz de tıpkı onların size saldırdıkları gibi karşılık verin. Allah'tan korkun ve bilin ki Allah, takva sahipleri ile beraberdir."* (Bakara, 194) Burada takva emri, "benzeriyle saldırıyı defetmek" ilkesine bağlı kalmanın veya daha hafif olanı yapmak suretiyle tedricen bir savunmayı esas almanın zorunlu olduğunun delilidir.

Sünnetten delili ise bir takım hadis-i şeriflerdir, Bu tür hadis-i şeriflerin bir kısmı şöyledir: *"Her kim dini uğrunda öldürülürse o şehittir, her kim kanı uğrunda öldürülürse o şehittir, her kim malı uğrunda öldürülürse o şehittir."* [3] Bu hadis-i şerif din, mal, can ve namusu savunmanın caiz olduğunun delilidir. Çünkü Peygamber (a.s.)'in bunları savunanı şehit olarak kabul etmesi, bu kimsenin hem karşı tarafı öldürebileceğinin hem de onunla çarpışıp savaşabileceğinin delilidir.

Başkasını savunmanın caiz oluşuna gelince: Bunun temeli ise can olsun mal olsun, saldırılması haram kılınmış şeyleri mutlak olarak müdafaa etme gereğidir. Eğer bu konuda yardımlaşma olmayacak olursa, insanların malları da canları da boşu boşuna telef olup gider. Meselâ, yol kesenler kimsenin yardımını göremeyen bir insanın malını alacak olurlarsa, daha sonra yavaş yavaş herkesin malını tek tek almaya başlarlar. Başkaları da böyledir. Peygamber (a.s.) de şöyle buyurmuştur: *"İster zalim, ister mazlum olsun kardeşine yardımcı ol." Zalim iken ona nasıl yardımcı olayım? diye sorulunca şöyle buyurdu: "Sen onu zulümden alıkoyarsın, işte bu senin ona yardımındır."* [4] Yine O şöyle buyurmuştur: *"Kendisinin huzurunda bir*

1- *el-Bedâyi,* VII, 93; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* III, 197; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 35?; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 319; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 196-197; *el-Muğnî,* VIII, 329-331.

2- *Kavâidü'l-Ahkâm,* I, 195.

3- Bu hadisi dört *Sünen* sahibi rivayet etmiş olup Tirmizî, Saîd b. Zeyd'den gelen rivayetinin *sahih* olduğunu belirtmiştir. *Sübülü's-Selâm,* IV, 40.

4- Bu hadisi şerifi *Müsned*'inde İmam Ahmed, Buharî ile Tirmizî, Enes b. Mâlik'ten rivayet etmişlerdir.

mü'min zelil kılındığında yardım etme gücü olduğu hâlde ona yardım etmeyen kişiyi, Allah da kıyamet gününde herkesin gözü önünde zelil eder." (1) Bir başka hadis-i şerifte ise şöyle buyurulmaktadır: *"Mü'minler, fitneye düşüren şeytanlara karşı biribirleriyle yardımlaşırlar."* (2)

Şer'î Savunmanın Hükmü: Şer'î savunmanın hükmü mübahlıktır. Fakihlerin ittifakı ile, savunma fiilleri mübahtır. (3) Hem medenî, hem de ceza açısından kendisini savunan kişiye sorumluluk yoktur. Meşru sınırı aşması hâli ise bundan müstesnadır. O takdirde onun yaptığı iş, hem medenî, hem de cezaî açıdan sorumlu tutulmasını gerektiren bir suç hâlini alır ve ona kısas uygulanması gerekir. Savunan kimsenin, saldırganın ancak o şekilde bertaraf edilebileceğine dair açık delili sabit olmadıkça öldürmesi caiz değildir. Şahitlerin saldırganın kendisini savunan kişiye karşı yalın kılıç hücum ettiğini görmeleri ve onun da buna karşılık saldırganı vurması hâli buna misâldir. Kendisini savunan kimsenin, saldırganın evine hücum ettiği ve ancak onu öldürmekle kendini savunabildiği şeklindeki sözleri, mücerret iddia ile kabul edilmez. Aynı şekilde; saldırganın eve girdiğini söyleyip silâhtan söz etmemeleri hâlinde de şahitlerin sözleri kabul edilmez. Eğer ortada her hangi bir kimse yoksa, Malikîlere göre yemin ile birlikte kendini savunan kimsenin sözü kabul edilir. (4)

2. Saldırganı Defetmenin Şartları

Saldırganı defetmenin caiz olması için dört şart aranır: (5)

1- Fakihlerin cumhurunun görüşüne göre ortada bir saldırı olmalıdır. Hanefîlere göre ise saldırının, cezalandırılması ön görülmüş bir suç olması şarttır. Buna göre babanın, kocanın yahut da öğretmenin tedip hakkını kullanması ve celladın yaptığı iş, saldırı olarak nitelendirilemez. Küçüğün, delinin ve hayvanın saldırısında da Hanefîlere göre suç niteliği yoktur.

Bir insan saldırgan bir deveyi ve benzerlerini öldürürse Hanefîlere göre her durumda kıymetini tazminat olarak öder. Çünkü telef edilmelerine zaruret olsa da, malların tazminatları ödenir. Onlara göre kabul edilen kaide, "Iztırâr (zaruret halinde olmak) başkasının hakkını iptal etmez." Ayrıca hayvanın cinayeti (işlediği suç fiili) hederdir boşa gider.

1- Bu hadis-i şerifi *Müsned*'inde İmam Ahmed, Sehl b. Huneyf'ten rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V 327.

2- Bu hadisi Ebu Dâvud rivayet etmiştir, lafzı şöyledir: *"Mü'min mü'minin kardeşidir. Su ve ağaç ikisine de yeter ve onlar çok fitneci şeytana karşı biribirlerine yardımcı olurlar."*

3- Bahsin başında belirtilen kaynaklar; *Nazariyyetu'z-Zaruriyâti'ş-Şer'iyye,* Dr. Vehbe ez-Zuhaylî, 140-142.

4- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 357; *el-Muğnî,* VIII, 333.

5- Etraflı bilgi için bk. *et-Teşrîu'l-Cinâî'l-İslâmî (İslâm Ceza Hukuku),* Şehîd Abdülkadir Ûdeh, I, 278 vd.

Hanefîlerin cumhuru da şöyle demektedir: Kendini savunan kişi, ancak o hayvanı vurmak veya öldürmek ile kendini koruyabiliyorsa, bedelini de tazminatını da ödemesi söz konusu değildir. Çünkü o caiz olan savunma esnasında bu saldırgan deveyi öldürmüştür ve bunu kötülüğünü savmak üzere yapmıştır. Diğer taraftan saldırgan insanın öldürülmesine kıyasen de bu hüküm verilir. Çünkü insan canının değeri, malın değerinden daha büyüktür. Ayrıca hücum etmesi hâlinde Harem Bölgesinin avının da öldürülebilmesine kıyasen bu hüküm verilmiştir. Bu ise zaruret içerisinde olan kimsenin başkasının yemeğine ihtiyaç duyması hâlinden farklıdır. Çünkü yemek, zaruret içerisinde bulunan kimseyi o yiyecekleri telef etmek zorunda bırakmaz; nitekim yemekten, kendi masumiyetini ortadan kaldıracak her hangi bir fiil de sadır olmaz. (1)

2- Saldırının gerçekleşmekte olması, yani fiilen vaki olması gerekir. Sadece sonradan vaki olacağının söylenmesi ve tehdit edilmesi ile olmaz.

3- Saldırıyı başka bir yolla defetmeye imkân bulunmamalıdır. Eğer imdada çağırmak, insanların yardımını almak yahut güvenlik kuvvetlerini yardıma çağırmak gibi başka bir yolla saldırıyı defetmek imkânına sahip olduğu hâlde bunu yapmayacak olursa, o kişi haddi aşan bir kimse demektir.

4- Saldırıyı gerekli olan kuvvet ile defetmelidir. Yani kendi kanaatine göre - birinci başlıkta açıkladığımız üzere en kolay olanından başlar ve sırasıyla daha zora doğru giderek saldırıyı önlemek için lüzumlu olan miktar ne ise onunla savunma yapar.

3. Saldırganı Defetmek Mübah Bir Hak mıdır, Yoksa (Farz) Bir Görev midir?

Bu konuya dair yapılacak açıklamalar Şer'î savunmanın her bir durumunun başlı başına ele alınmasını gerektirmektedir.

Nefsi savunmanın hükmü:

Bir kişiye canına, yahut organlarından her hangi birisine kasten hücum edilecek olursa ve yapılan bu hücum, ister insan tarafından, isterse hayvan tarafından yapılmış olsun, saldırıya uğrayan kimsenin İmam Ebu Hanife, Malik ve Şafiî'nin görüşüne göre kendini savunması icap eder. (2) Ancak Şafiîler böyle bir durumda saldırganın defedilmesinin vacip olmasını, saldırganın kâfir veya hayvan olması

1- *el-Bedâyi*, VII, 273; *Bidâyetü'l-Müctehid*, III, 319; *el-Muğnî*, VIII, 328 vd.; *el-Mühezzeb*, II, 225 *Keşşâfu'l-Kınâ;* IV, 143; *Haşiyetü'd-Desûkî, ale'ş-Şerhi'l-Kebîr* IV, 357.

2- *Tebyînü'l-Hakâik*, VI, 110; *el-Bedâyi*, VII, 93; *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr*, VIII, 269; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr*, II, 197; V, 387; *Fetâvâ'l-Hindiyye*, VI, 7, 51; *Mevahibu'l-Celîl*, el Hattâb, VI, 323; *eş-Şerhu'l-Kebîr ve'd-Desûkî*, IV, 357; *el-Münteka ale'l-Muvatta*, VI, 61 *Tenvirü'l-Havâlik*, II, 220; *el-Furûk*, IV, 185; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 21, 195; *el-Mühezzeb*, I[I] 225.

hâli ile kayıtlamışlardır. Çünkü kâfire karşı teslimiyet dinde bir zillettir. Hayvan ise zaman zaman da ihtiyaç için kesilebilen bir varlıktır.

Şayet saldırgan müslüman ise Şafiîlerde ezhar olan görüşe göre ona teslim olmak caizdir. Hatta Ebu Dâvud'un rivayet ettiği şu haber dolayısıyla sünnet bile olur. Söz konusu bu haberde Hz. Peygamber (a.s.): *"Sen Adem'in iki oğlunun hayırlısı gibi ol"* demektedir. Burada sözü geçen Adem'in iki oğlundan kasıt Kâbil ile Hâbil'dir. Bu durum ashab-ı kiram (r.a.)'dan nakledilen meşhur bir uygulamadır ve kimse de buna karşı çıkmamıştır. Şafiîler buna ayrıca şunu da eklerler: Kişinin başkasının nefsini savunmasının vacip oluşu veya olmayışı kendini savunmasının vacip olması yahut olmaması gibidir.

Malikîler savunmanın vacip olmasını şununla kayıtlamışlardır: Mendup olarak mümkün olması hâlinde savaşmakta olduğu gibi önce saldırganı uyarmak gerekir. Bu uyarma da, meselâ şöyle diyerek olur: "Allah aşkına git ve beni rahat bırak!" Şayet bu saldırısından vazgeçmeyecek veya uyarıda bulunmasına imkân olmazsa, öldürmek veya başka bir yolla ona karşı kendini savunup belayı defetmesi caiz olur.

Nefsi savunmanın vacip olduğunu kabul edenlerin delili yüce Allah'ın şu buyruklarıdır: *"Ve kendi ellerinizle kendinizi tehlikeye atmayınız."* (Bakara, 195) *"Eğer onlardan biri diğerine karşı tecavüz ediyorsa, o tecavüz eden grupla Allah'ın emrine dönünceye kadar çarpışın."* (Hucurat, 9); *"Size kim saldırırsa siz de tıpkı onların size saldırdıkları gibi karşılık verin."* (Bakara: 194) *"Bir kötülüğün cezası, onun gibi bir kötülüktür."* (Şura: 40) Diğer taraftan, insanın şiddetli açlığında bulduğunu yemek suretiyle kendini korumasının vacip olduğu gibi, nefsini savunması da vaciptir.

Sünnetteki bazı rivayetlere dayanarak Hanbelîler [1] şöyle demektedir: Cana kastederek saldıran kimseyi defetmek vacip değil caizdir. Saldırganın küçük veya büyük, yahut deli olması arasında fark yoktur. Çünkü Peygamber (a.s.) fitne hali ile ilgili olarak şöyle buyurmuştur: *"O zaman evinde otur, eğer kılıç parıltısının gözlerini almasından korkuyor isen elbisenle yüzünü ört."* Bir diğer lafızda şöyle buyurulmuştur: *"Bir takım fitneler olacaktır. O fitnelerde Allah'ın öldürülen kulu ol, öldüren kulu olma!* [2] Hz. Osman (r.a.)'ın fitne dönemlerinde sayıları dört yüzü bular kölelerinin, kendisini savunmalarını istemediği sahih haberle bize kadar ulaşmış ve hatta o şöyle demiştir: *"Kim kılıcını bırakırsa o hürdür."* [3] Hanbelîler ayrıca şöyle

1- *el-Muğnî*, VIII, 329 vd; *Keşşâfu'l-Kınâ*, IV, 143.

2- İbn Ebu Hayseme ve Darekutnî, Abdullah b. Habbab b. el-Ered'ten ve İmam Ahmed de ona yakın bir hadisi Halid b. Urfute'den rivayet etmiştir.

3- Bu, Hz. Osman (R.A.)'ın şahsî ictihadıdır. Hz. Ali (R.A.) ve diğer ashap onu korumak için oğullarını göndererek yardım teklif edip onu savunmak istemişler, ancak Hz. Osman kendisi sebebiyle müslümanlar arasında kan dökülmesini istemeyerek takdirinde varsa zâlimler elinde şehit olmayı tercih etmiştir.

derler: Kendisini savunanın durumu, yiyecek şeye zaruret derecesinde muhtaç olanın durumundan farklıdır. Açlık çeken kimse bu durumda yiyecekten yiyebilir. Çünkü öldürülmede, şehitlik söz konusu ve başkasının hayatta kalmasına sebep teşkil etmek vardır. Yemekten yemek ise kendisinden başka hiç bir kimseye zarar dokunmaksızın kendisini hayatta bırakmanın sebebini ifa etmek söz konusudur.

4. Fiilin Tazminatı

Fakihlerin ittifakı ile [1] saldırıya uğrayan kişinin saldırganı öldürdüğü takdirde gerek medenî ve gerekse cezaî açıdan her hangi bir sorumluluğu yoktur; ne diyet gerekir ne de kısas. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Her kim kılıcını çeker, sonra da onunla başkasını öldürmeye kalkışırsa kanı hederdir."* [2] Çünkü saldırgan haddi aşan bir kimsedir. Kendisine hücum edilen kişi ise kendisini savunmak ve kötülüğü defetmek bakımından görevini yerine getirmekte idi.[3]

Ancak Hanefîler sözü geçen hususlardan şunu istisna ederler: Eğer saldırgan küçük, deli veya bir hayvan olur, kendisine saldırılan kişi de bunu öldürürse, cezaî olarak değil de sadece medenî olarak sorguya çekilir. Üzerine kısas yoktur, fakat küçüğün ve çocuğun diyetini öder, hayvanın da kıymetinin tazminatını öder. -İkinci bahiste açıkladığımız gibi-

Ebu Yusuf'tan edilen rivayete göre o, sadece hayvanın kıymetini ödemek suretiyle medenî açıdan sorumlu tutulur, küçük ve delinin öldürülmesinde ise diyetini ödemesi gerekmez.

Hayvan ile ilgili olarak Hanefîlerin delili Peygamber (a.s.)in: *"Hayvanın yaralaması hederdir."* [4] buyruğudur. Küçüğün ve delinin yaptıklarına gelince, bunun yaptıkları canlarının masumiyetlerini ortadan kaldıracak şekilde bir suç veya bir saldırı olarak nitelendirilemez; buna bağlı olarak nefsi müdafaanın caiz olması için gerekli şartlarda birlikte bulunamaz. Çünkü nefsi müdafaa şartları arasında ortada -onlara göre açıkladığımız gibi- bir saldırı veya bir haddi tecavüzün bulunması şartı vardır. Çünkü savunma, suçları uzaklaştırmak defetmek için meşru kılınmıştır. Burada ise suç diye bir şeyin varlığı söz konusu değildir.

Ebu Yusuf da şöyle demektedir: Küçüğün ve delinin yaptığı suç olarak kabul edilir. Bunun delili de şudur: Her ikisinin de telef ettikleri şeylerin tazminatını öde-

---

1- Aynı eserler.

2- Bu hadisi Neseî, İshak b. Râhûye ve Taberanî, Abdullah b. ez-Zubeyr'den rivayet etmişlerdir. *Nasbu'r-Râye*, IV, 347.

3- Hanefîler şöyle demektedir: "Gece veya gündüz bir kişiye bir başkası silâh çekse, yahut da bir beldede geceleyin ona karşı bir sopa kullanmak istese yahut meskûn olmayan ve beldenin dışında kalan bir yolda gündüzün bunu yapsa ve kendisine karşı bu şekilde silâh çekilen kişi kasten onu öldürse, üzerine bir şey düşmez." *Mecmau'd-Damânât*, 166.

4- İmam Ahmed ve *Kütüb-i Sitte* sahipleri, Ebu Hureyre (r.a.)'den rivayet etmişlerdir. *Neylu'l-Evtâr*, V, 234.

meleri icap eder. Şu kadar var ki, idrak olmadığından dolayı onların üzerinden ceza kaldırılmıştır. Hayvanın yaptığı iş hiç bir şekilde suç değildir ve hayvanın telef ettiği şeyin tazminatı da gerekmez. Çünkü hayvanın yaptıkları hederdir. Saldırmanın suç teşkil edecek özellikte olması ise şart görülmüştür.

Netice olarak, Ebu Hanîfe küçük, hayvan ve delinin saldırısına uğramak hâlinde tazminatı düşüren meşru savunma hâlinin bulunduğu görüşünde değildir. Savunmak olsa olsa zaruret esası üzere bir hak olur. Yani bu durumda tazminat veya bedel ödemek icap eder. Ebu Yusuf'un görüşüne göre ise küçük veya delinin saldırması hâlinde savunma hâlinin de bulunduğu görüşündedir; yani onun görüşü, Hanefî olmayanların görüşü gibidir. Şayet saldıran hayvan olursa, bu da zaruret esası üzere defedilir ve bu durumda telef edilirse kıymetini ödemek icap eder.

Fakihlerin cumhurunun görüşüne göre ise, sözü geçen bütün bu hâllerde savunma hâlinin gerekli şartları taşıdığı görüşündedirler. Çünkü insan her türlü saldırıya karşı canını ve malını korumalı ve savunmalıdır. Bizatihi saldırı fiili ise saldıranın kanını helâl kılmaz. Ancak yapılan saldırıyı önlemeyi vacip veya caiz kılar. Bu iki görüş arasındaki ayrılık daha önce gösterilmiş bulunmaktadır. Yapılan saldırının önlenmesinin istenmesi, saldırganın kanının helâl olmasının sebebidir. Yoksa bizatihî saldırmanın kendisi değildir. Buna göre bizzat saldırının cezalandırılması icap eden bir suç olması şartı da yoktur.

Hanbelîlerin görüşüne gelince [1] kendisinin, çocuğunun, hanımlarının, yahut kızkardeşi, halası gibi kendisine mahrem olanların saldırıya uğraması hâlinde saldırganı öldürmek suretiyle bertaraf eden kimse bunun tazminatını ödemez. Şayet onu öldürerek bunların dışında başkasını savunmak durumunda olmuşsa tazminatını öder.

Isırmanın hükmü:

Birisi bir başkasının elini ısırsa, o da elini ondan kurtarmak isterken dişleri düşse üzerinde tazminat yoktur. Yani diyet ödemesi istenmez. Bu Malikîlerin dışındakilerin görüşüdür. Delili ise İmran b. Husayn'ın rivayet ettiği şu hadis-i şeriftir: *"Adamın birisi bir başkasının elini ısırdı. O da elini ağzından kurtarmak isterken ısıranın iki küçük azı dişi düştü. Peygamberin huzurunda davalaştılar. O da şöyle buyurdu: "Sizden her hangi biriniz erkek devenin ısırması gibi elini ısırıp geliyor... Senin alacak bir diyetin yoktur."* [2] Ya'lâ b. Umeyye de şöyle demektedir: *"Yanımda ücretle çalışan birisi vardı. Bir başkası ile kavga etti. Biri ötekinin (elini) ısırdı, o da parmağını çekmek isterken ön dişini düşürdü. Peygamber (s.a.)'in yanına gitti, o dadişini heder kabul etti (karşılığında bir şeye hükmetmedi) ve şöyle buyurdu: "Elini ağzında bıraksın da erkek devenin kopardığı gibi sen de kopara-*

1- *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 143.
2- İmam Ahmed ve Ebu Dâvud müstesna *Kütüb-i Sitte* sahipleri rivayet etmişlerdir.

sın, öyle mi?" [1]

Malikîler ise şöyle demektedir: Böyle bir durumda tazminat ödemek icap eder. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Dişin diyeti beş devedir."* [2] Fakat Yahyâ b. Ya'mer ile İbn Battal şöyle demektedir: "Şayet İmam Malik'e bu hadis-i şerif -İmrân b. Husayn ile Ya'lâ b. Umeyye'nin hadisleri- ulaşmış olsaydı, asla buna muhalefet etmezdi. [3]

Irzı savunmanın hükmü:

Bir fasık, bir kadına saldırdığı takdirde, fakihlerin ittifakı ile [4] imkânı olması halinde (kadının) kendini savunması icap eder. Çünkü kadının böyle birisine imkân vermesi haramdır. Kendisini savunmayı terketmesi ise saldırgana imkân vermektir. Böyle bir zorlamaya girişen birisini öldürme hakkı da vardır. Öldürecek olursa - eğer öldürmekten başka bir yolla onu bertaraf etmesi mümkün olmazsa- kanı heder olur.

Aynı şekilde bir erkeğin, bir kadına saldırmaya çalışan bir kimseyi gördüğü takdirde saldırganı defetmesi icap eder. Savunması mümkün olursa ve kendisine gelecek bir zarardan korkmuyor ise, öldürerek dahi olsa o saldırganı defetmelidir. Çünkü ırzlar Allah'ın yeryüzündeki haramlarıdır. Her hangi bir şekilde bunları mübah kılmaya imkân yoktur. Kişinin bizzat kendi ırzı olması ile, başkasının ırzı olması arasında bir fark yoktur.

Savunma yapan kişi ne cezaî, ne de medenî bakımdan sorumlu tutulmaz. Bunun üzerinde kısas da yoktur, diyet de yoktur. Çünkü: *"Her kim aile halkını savunurken öldürülürse o bir şehittir"* [5] hadisinin zahiri bunu gerektirmektedir. Ayrıca İmam Ahmed, ez-Zühri'den senedini kaydederek Ubeyd b. Umeyr'in şu hadisini zikretmektedir: *"Adamın birisi Huzeylîlerden bazı kimselere ziyafet verdi. Bir kadına tecavüz etmek isteyince, (kadın) attığı bir taş ile onu öldürdü. Hz. Ömer şöyle dedi: "Allah'a yemin ederim ki, ebediyyen onun diyeti ödenmeyecektir.* "Çünkü başkasına karşılıksız olarak verilmesi ve mübah kılınması caiz bulunan malı savunmak caiz olduğuna göre, erkeğin ve kadının kendini savunması ve hiç bir durumda mübah olmayan fuhuştan ırzını koruması öncelikle söz konusudur."

1- İmam Ahmed ve Tirmizî müstesna *Kütüb-i Sitte* sahipleri rivayet etmişlerdir.

2- Ebu Dâvud *el-Merasil*'de, Neseî, İbn Huzeyme, İbn Carud ve İbn Hibban ve Ahmed rivayet etmişlerdir.

3- *el-Muğnî*, VIII, 333 vd.; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 197; *Neylu'l-Evtâr*, VII, 25; *el-Mîzân*, II, 173; *el Mühezzeb*, II, 225.

4- *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, III, 197; V, 397; *el-Bedâyi*, VII, 93; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 319; *Mecmau'd Damânât*, 203; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 194 vd.; *el-Mühezzeb*, II, 225; *el-Muğni*, VIII, 331 vd. *Keşfu'l-Esrâr*, IV, 152; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 357.

5- Bu hadisin kaynağı daha önce gösterilmişti.

Karısı ile zina edeni öldürmek:

Dört mezhebe göre de [1] karısı ile zina eden bir adamı görüp de öldüren kimsenin üzerinde kısas da, diyet de yoktur. Çünkü rivayete göre: *"Ömer (r.a.) bir gün yemek yerken koşarak bir adam geldi. Elinde de kana bulanmış kınından sıyrılmış bir kılıç vardı. Adam gelip Hz. Ömer'in yanına oturdu, yemeğe koyuldu. Bir grup kişi de gelerek şöyle dedi: Ey mü'minlerin emiri bu adam karısı ile birlikte bizim adamımızı da öldürdü. Hz. Ömer: "Bunlar ne söylüyor?" diye sorunca adam şöyle dedi: "Başka birisi kılıçla karımın bacaklarına vurdu. Eğer ikisinin arasında başkası da olsaydı onu da öldürürdü." Hz. Ömer onlara: "Bu ne diyor?" diye sorunca, şöyle dediler: "Onun kendisi bu işi yaptı bir kılıç darbesi indirdi, karısının bacaklarını kesti, bizim adamın da vücudunun karnına isabet etti, ikisini de kesti." Hz. Ömer: "Tekrar aynı şeyi yaparlarsa sen de aynısını yap" dedi.* [2]

Şayet kadın bu işe razı olarak yapmışsa, bundan dolayı (savunma dolayısıyla) her hangi bir tazminat söz konusu değildir. Eğer kadın zorlanmış ise, o takdirde kendisi üzerine kısas düşer.

Savunmanın hükmünde açıkladığımız gibi, açık delilin bulunması ise kaçınılmazdır. Hanbelîlere göre açık delil ile ilgili olarak iki rivayet vardır: Bir rivayete göre dört şahidin bulunmasıdır. Çünkü Ali (r.a.)'den şöyle rivayet edilmiştir: *"Ona, evine girip de karısı ile birlikte bir adam gören ve her ikisini de öldüren kişinin durumu hakkında soru sorulmuş; o da şöyle demiştir: "Eğer dört şahit getirilirse mesele yok, değilse onun diyetini versin."* Diğer taraftan Ebu Hureyre'den de şu rivâyet gelmiştir: *"Sa'd b. Ubâde dedi ki: Ey Allah'ın Resulü! Karımla birisini görecek olursam dört şahit getirinceye kadar ben ona mühlet mi vereceğim?" Hz. Peygamber (a.s.): "Evet" diye buyurdu."* [3]

Hanbelîlerdeki diğer bir rivayete göre ise iki şahit yeterlidir. Çünkü delil, saldırganın, karısının üzerinde bulunduğuna şehadet etmektedir. Bu ise iki şahit ile sabit olur. Dört şahidi gerektiren zinadır. Bu durumda zinanın ispatına gerek yoktur.

Eğer bir beyyine (açık delil) olmadığı hâlde koca, kadının velisinin zinadan haberi olduğunu ileri sürerse, Hanbelîlere göre yemin ile birlikte velinin sözü kabul edilir.

Evlerin içini gözetlemek:

Bir kişi izinsiz olarak bir evin içerisine bir delikten, kapı aralığından veya buna benzer bir yerden bakacak olsada ev sahibi ona bir taş atsa veya bir çubuk ile dürtüp gözünü çıkartsa, cezaî sorumluluğu da, medenî sorumluluğu da yoktur. Ya-

1- Adı geçen eserler; *el-Muğnî*, VIII, 332.
2- Huşeym, Muğîre'den, o İbrahim'den rivayet etmiştir; ayrıca Saîd b. Mansûr da rivayet etmiştir.
3- Taberanî, Ubade b. es-Sâmit'ten rivayet etmiştir. *Fethu'l-Bârî*, XII, 154.

ni ne kısas, ne de diyet ödemesi gerekir. Şafiî ile Hanbelîlerin görüşü böyledir. [1] Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Bir kişi izinsiz olarak senin evinin içerisine bakarak muttali olursa ve sen de ona bir taş atıp gözünü çıkartırsan üzerinde hiç bir vebal ve sorumluluk yoktur."* [2] Hz. Peygamber ayrıca şöyle buyurmuştur: *"Her kim başkalarının evinin içerisine onlardan izin almaksızın bakacak olursa, onun gözünü çıkartmaları kendileri için helâl olur."* [3] Bir diğer lafız ise şöyledir: *"İzinleri olmaksızın başkalarının evinin içerisine bakıp gören kimsenin gözünü, ev halkı çıkartacak olursa, gözü çıkartılanın diyeti de kısası da yoktur."* [4]

Tabii bu hüküm, küçük bir taş gibi hafif bir şeyi ona attığı durumda söz konusudur. Ev sahibi, içeriyi gözetleyen kimseye âdeten öldürebilecek bir taş yahut ağır bir demir veya bir ok gibi bir şey atacak olursa kısas; af edilmesi hâlinde ise diyet gerekir. Çünkü o kendisinden rahatsızlık duyduğu gören gözü çıkarma hakkına sahiptir. Bunun dışında her hangi bir tecavüze hakkı yoktur.

Şayet içeriye bakan kişi böyle basit bir şeyle def edilemiyor ise -saldırı hâlinde olduğu gibi- ondan daha ağır bir şeyi ona atabilir. Ve bu, ölüme kadar dahi gidebilir. Bakan kimsenin yolda giden birisi olması ile kendi mülkünde olup bakması veya başka bir durumda olması arasında bir fark yoktur. Peygamber (a.s) evlere bakmanın men edilmesine dair hikmeti açıklamak sadedinde şöyle buyurmuştur: *"Eve girmek için izin istemek, içerde olanları görmemek için emredilmiştir."* [5]

Hanefîlerle Malikîler de şöyle demektedir: [6] Böyle bir durumda ev sahibinin cezaî sorumluluğu vardır. Kısas veya diyet ödemesi icap eder. Çünkü Peygamber (a.s.): *"Gözün çıkartılmasında diyetin yarısı vardır."* [7] buyurmuştur. Diğer taraftan sadece gözle bakmak, bakana karşı cinayet işlemeyi mübah kılmaz. Meselâ, açık kapıdan içeriye bakmak yahut evin içerisine girip bakmak veya cimânın dışında (başkasının) karısından her hangi bir şekilde faydalanmak gibi işler, onun gözünü çıkartmayı caiz kılmaz. Dolayısıyla sadece bakmak, öncelikle bunları caiz kılmamalıdır.

Dikkat edilecek olursa, her iki görüş arasındaki ayrılık, evin dışından bakan

---

1- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 197 vd.; *el-Mühezzeb,* II, 225; *I'lâmu'l-Muvakki'în,* II, 336; *el-Muğnî,* VIII 335.

2- Buharî, Müslim ve İmam Ahmed tarafından Ebu Hureyre'den rivayet edilmiştir.

3- İmam Ahmed rivayet etmiştir.

4- İmam Ahmed ve Neseî tarafından rivayet edilmiştir.

5- İmam Ahmed, Buharî ve Neseî, Sehl b. Sa'd'dan rivayet etmişlerdir.

6- *Tebyînu'l-Hakâik ve Şilbî Hâşiyesi,* VI, 110; *el-Fetâve'l-Hindiyye,* VI, 7; *Reddu'l-Muhtâr,* V, 390 *Tekmiletü Fethü'l-Kadîr,* VIII, 269; *Mecmau'd-Damânât,* 169; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 351; *Şa'rânî*'nin *el-Mizân*'ı kenarında *Rahmetü'l-Ümme,* II, 159, *el-Babi,* el-Halebi baskısı.

7- Ebu Dâvud *el-Merâsîl*'de, Neseî, İbn Huzeyme, İbn Cârûd ve İbn Hibban rivayet etmişlerdir. *Sübülü's-Selâm,* III, 244.

hakkındadır. Bir kişi evin içine kafasını sokup da ev sahibi ona bir taş atarak gözünü çıkartacak olursa, icma ile tazminat söz konusu değildir.

Malı müdafaa etmenin hükmü:

Fakihlerin cumhuru malı müdafaa etmenin vacip değil, caiz olduğunu kabul etmiştir. Eğer mal haksız olarak alınıyor ise az veya çok olması hükmü değiştirmez. Savunmayı yapan kişi kolaylık sırasına riayet etmiş ise kısas da yoktur. Çünkü Ebu Hureyre şunu rivayet etmiştr: *"Adamın birisi gelerek şöyle dedi: "Ey Allah'ın Rasûlü, Birisi gelip benim malımı almak isterse ne yapayım?" "Hz. Peygamber: "Malını ona verme" buyurdu." (Bir başka lafızda ise: "Malını korumak için çarpış" buyurdu.) Adam devamla: "Benimle çarpışacak olursa ne yapmamı emredersin?" diye sorunca: "Onunla çarpış" buyurdu. adam: "Beni öldürecek olursa ne olur?" diye sorunca, Hz. Peygamber: "Sen şehit olursun" dedi. Adam: "Ben onu öldürecek olursam ne olur?" diye sorunca, Hz. Peygamber: "O cehennemde olur" buyurdu."*(1)

İlim adamları şöyle demiştir: "Onu öldürecek olursa tazminat ödemesi gerekmez. Çünkü kendisini savunanın hücum eden kimseye bir tecavüzü söz konusu değildir. Ayrıca hadis-i şerif mal hakkında umumi olup azı da, çoğu da kapsamaktadır."

Malı korumak için savunmak ile, mal dışında kalan şeyleri savunmanın cavip olduğunu kabul edenlere canı ve namusu savunmak arasında fark gözetmenin sebebi şudur: Mal, kişinin müsaade etmesi ve izni ile başkasına mübah olur. Can ise mübah kılınmakla mübah olmaz.

Bazı Malikî âlimleri şöyle demiştir: "Eğer önemsiz az bir miktar ise, malı savunmak caiz değildir. Ancak daha önce gördüğümüz hadis-i şeriflerin zahiri ve umumu, belirtmiş olduğumuz gibi malın azı veya çoğu arasında fark gözetme anlayışını reddetmektedir."

Bazı ilim adamları da şöyle demiştir. "Mal uğrunda çarpışmak vacibtir." Bu daha önceden de açıklamış olduğumuz gibi, gerekli uyarıdan sonra Malikîlerin kabul ettikleri görüştür.(2)

Şafiîler ise malın türleri arasında fark gözeterek şöyle derler.(3) "Cansız olan malları savunmak icap etmez. Çünkü bu malları başkasına (kullanmalarına müsaade etmek suretiyle) mübah kılmak caizdir. Canlı olanlara gelince, telef edilmesi

1- Müslim ve İmam Ahmed rivayet etmiştir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 348. İbn Teymiye, *Munteka'l-Ahbâr*'da şöyle demektedir: "Bu hadis-i şerifte kişinin savunmasını kolaylık sırasına göre yapması gerektiğine dair fıkhî hükümlerceişaretler vardır. *Neylü'l-Evtâr,* V, 326.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Hâşiyesi,* V, 388; *Mevâhibü'l-Celîl,* VI, 323; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 357 *Neylü'l-Evtâr,* V, 326; *el-Muğnî,* VIII, 329 vd.

3- *el-Mühezzeb,* II, 224 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 195 vd.

maksadı ile saldırılması hâlinde savunmak icap eder. Şu kadar var ki, kendisine veya namusuna zarar gelmekten korkmamalıdır. Bunun vacip olmasının sebebi ise cana karşı duyulması gereken saygıdır. O kadar ki, yabancı bir kişi bir başkasının kendisine ait olan bir hayvanı haram bir şekilde telef ettiğini görecek olsa, esah olan görüşe göre bunu defetmesi icap eder. Aynı şekilde rehin veya icare gibi, başkasının hakkının müteallık olduğu her hangi bir mala yapılan saldırıyı savunması da icap eder.

Ancak Şafiîler şunu da eklemektedir: "Bir testi düşüp yuvarlansa ve ancak onu kırmak suretiyle o testiden kurtulabilecekse esah olan görüşe göre tazminatını öder. Çünkü cansız testinin ne maksadı, ne de bir tercih imkânı vardır. O bakımdan buna onun sebep teşkil ettiği söylenemez. Bu durumda mala karşı kendini savunan kişi, başkasının yiyeceğine zaruret derecesinde ihtiyaç duyan kişinin durumuna düşer. Yemeğe zaruret derecesinde ihtiyaç duyan kişi ise onu hem yer, hem de tazminatını öder.

LAKÎT (BULUNTU ÇOCUK)
ve
LUKATA (BULUNTU MAL)

Kaf harfinin sükûnu ile; *lukta* veya fethası ile *lukata,* sözlükte, "aramadan sonra bulunan şey" yani "bulunup alınan şey" demektir. Yüce Allah şöyle buyurmuştur: *Fir'avn hanedanı onu bulup aldılar..."* (Kasas, 8) Bu, genel sözlük anlamı ile insanın bulduğu ve aldığı insan, mal veya hayvanı kapsamaktadır. Lukata (kaf harfinin fethası ile) çokça alınıp yakalanan, bulunan demektir.

Şu kadar var ki Hanefîler ve başkaları fıkhî araştırmalarında *lakît* ile *lukata*yı ve *dâlle*yi (sırasıyla manaları: Buluntu çocuk, bulunan eşya ve kaybolan şey) ayrı ayrı ele almışlardır. Bundan dolayı bizler de önce lakît'in ve lukata'nın manası ve hükümlerini ele alacak, lukata'nın iki türü olan mal lukatası ile hayvan lukatası, yani kaybolan mal ve hayvanı açıklayacak, ondan sonra da sonuç olarak lukatanın ne yapılacağı ile ilgili açıklamalarda bulunacağız.

1. Lakît'in Manası ve Hükümleri

Lakît sözlükte, yerden alınan şey demektir. Örfen ise, bakımını sağlamaktan aciz kalacağı düşüncesiyle yahut şüphe edilerek itham altında kalmaktan kurtulmak veya zina töhmetinden kaçmak için veya başka bir sebeple bir yerde bırakılmış kimsesiz çocuğa denilir.

Hükümleri: Hanefîlere göre böyle bir çocuğu almak menduptur, en faziletli amellerden birisidir. Çünkü bunun sonucunda insan bir canın hayatta kalmasını sağlamış olur. Çocuğun mağara ve buna benzer tehlikeli bir yerde bulunması hâlinde olduğu gibi. almadığı takdirde öleceğini tahmin ettiği durumda, kişinin bu çocuğu alması farz-ı kifaye olur. Çünkü bir kişinin alması ile çocuğun korunması mak-

sadı hasıl olur.

Diğer mezhep imamları da şöyle demektedir: Çocuğu almak farz-ı kifayedir. Ancak helâk olacağından korkulursa farz-ı ayn olur. Ayrıca lakît ile alakalı başka birtakım fer'î hükümler de vardır. Bunların bir kısmı şöyledir: (1)

1- Lakîti alan kimse, çocuğa sahip olmaya başkalarından daha hak sahibidir. Dilerse teberru olarak onun terbiyesini ve masraflarını karşılamayı üstüne alır. Beytülmalden masrafları karşılanmak üzere terbiye edip büyütmesi için birisine vermek isterse durumu hakime bildirir. Çünkü beytülmal Müslümanların ihtiyaçları içindir. Bu, lakîtin her hangi bir malının olmaması hâlinde böyledir. Şayet bir malı varsa -meselâ lakîti alan onun yanında bir mal da bulursa- o takdirde masrafları lakîtin malından yapılır. Çünkü beytülmale ihtiyacı yoktur, o bakımdan beytülmalden hakkı sabit olmaz. Bu hüküm ulema arasında icma ile kabul edilmiştir. (2)

Eğer lakîti alan kişi (mültakit) kendi malından masraf yapacak olursa, şayet hakimin izni ile masraflarını yapmışsa lakîtin bülûğa ermesinden sonra ona başvurarak masraflarını ondan alabilir. Eğer hakimin izni olmaksızın masrafta bulunmuşsa, teberruda bulunmuş demektir ve bülûğunu tamamlamasından sonra ona yaptığı masrafları lakîtten alamaz.

Lakît de lukatada olduğu gibi mültakitin (lakiti bulanın) elinde bir emanettir.

2- Lakîtin can ve malı üzerindeki velâyet yetkisi hakime aittir. Yani onu korumak, evlendirmek, eğitimini gerçekleştirmek, malında tasarruf etmek gibi konularda hakim yetkilidir. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Sultan (devlet yetkilisi) velisi olmayanın velisidir."* (3) Mültakitin evlendirme ve malda tasarruf yetkisi (velâyeti) yoktur.

Hakim lakîti evlendirecek olursa mehir beytülmalden ödenir. Ancak lakîtin malı varsa kendi malından ödenir. Aynı şekilde lakîtin beytülmalden gerek duyacağı masraf, giyim, ilaç ve benzeri ihtiyaçlar da karşılanır. Bu görüş Hz. Ömer ve Hz. Ali (r.a.)'den rivayet edilmiştir. Nitekim beytülmal, onun gibi muhtaç kimselere gerekli harcamaları yapmak üzere vardır. Çünkü beytülmal -malı bulunmayan yata-

---

1- *el-Mebsût*, X, 209 vd.; *el-Bedâyi*, VI, 197 vd.; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 417; *Tebyînü'l-Hakâik*, III, 297; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, III, 343 vd.; *Muhtasaru't-Tahâvî*, 141; *Mecmau'd-Damânât*, 211 vd.

2- *el-Muğnî*, V, 683; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 305; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 421.

3- Bu hadis-i şerifi sahabeden beş kişi rivayet etmiştir: Aişe, İbn Abbas, Ali, Abdullah b. Amr ve Cabir (r. anhum). Hz. Aişe'nin hadisini *Kütüb-i Sitte* sahipleri ile Şafiî ve Ahmed şu lafızla rivayet etmişlerdir: *"Velisiz nikâh yoktur. Her hangi bir kadın velisinin izni olmaksızın nikâhlanacak olursa, onun nikâhı batıldır. Şayet velisi yoksa sultan (devlet yetkilisi), velisi olmayanın velisidir."* İbn Abbas'ın hadisini ise İbn Mace şu lâfızla rivayet etmiştir: *"Velisiz nikâh yoktur. Sultan ise velisi olmayanın velisidir."* Bk. Dr. Vehbe ez-Zuhaylî ile Prof. el-Kettânî, *Tahrîcu ve Tahkîku Ehâdîsi Tuhfeti'l-Fukahâ*, III, 510; *Nasbu'r-Râye*, III, 167.

lakta olduğu gibi- ihtiyaç sahiplerine harcamalarda bulunmak içindir. Diğer taraftan böyle bir kimsenin mirası da beytülmale aittir. Çünkü nimet külfete karşılıktır. Yani beytülmal onun hem mirasını alır, hem diyetini alır; onun gerektireceği masrafları da o karşılar. (Haraç daman karşılığı yani gelir tazminat ödemenin karşılığı kabul edilmiştir.)

Lakît, hür ve Müslümandır: Çünkü insanda aslolan hürriyettir ve bir şeyin onu değiştirecek başka bir durum olmadığı sürece olduğu halde kalmasıdır. Diğer taraftan lakîtin bulunduğu yer Darü'l-İslâmdır, hürriyet diyarıdır. Orada bulunan kimse, umumi aslın gereğince hür olur. Çünkü çoğunlukla rastlanılan hüküm budur ve zahiren görülen de budur. Daru'l-İslâma tabi olarak da Müslüman kabul edilir.

Buna göre lakît, bir İslâm beldesinde bulunacak olursa Müslüman olur. Öldüğü takdirde yıkanır ve namazı kılınır, Müslümanların kabristanına gömülür. Şayet bir zimmî veya bir Müslüman onu hristiyanlara ait bir kilisede yahut yahudilerin havrasında veya hiç bir Müslümanın bulunmadığı bir kasabada, bir köyde bulacak olursa, zahirin hükmü kabul edilerek bir zimmî olur. Eğer bir zimmî onu bir İslâm beldesinde bulursa, Müslüman olur; yani bu durumda mekâna itibar edilir.

İbn Semâ'nın en-Nevâdir'deki rivayeti ise şöyledir: "Bulan kişinin Müslüman mı, yoksa zimmî mi olduğuna bakılır, mekâna dikkat edilmez. Çünkü yed (yani elde bulundurmak) mekândan daha güçlüdür. Bunun delili anne ve babaya tabi oluşun dâr'a tabi oluştan üstün olmasıdır.

Bir diğer rivayete göre ise lakît, bulanın veya mekânın durumuna göre Müslüman kabul edilir.

Kâsânî der ki: "Sahih olan da bu rivayettir. Eğer Müslüman bir kimse onu bir İslâm diyarında bulursa mekâna tabi olarak Müslüman olur. Kâfir bir dar-ı İslâm'da bulursa yine Müslüman olur, yahut zimmî veya Müslüman onu bir kilisede bulursa, o takdirde de zimmî olur. [1]

Buna göre bu konuda üç görüş vardır: 1- Mekâna itibar edilir, 2- Bulana itibar edilir, 3- Mekâna ya da bulana itibar edilir. Hanefîlere göre ise üçüncü görüş daha sahihtir. Şafiîlerle Hanbelîler de şöyle demektedir: "Lakît, Dârü'l-İslâm'da bulunursa Müslümandır, Dârü'l-küfürde bulunursa -eğer esir veya tacir gibi- bir Müslüman orda sakin olmuyor ise kâfirdir. Şayet orada Müslümanlar oturuyorsa -İslâmın üstünlüğü ve yüceliği ile- daha sahih görülen görüşe göre o Müslümandır. Buna delil ise Ahmed ve Darekutnî'nin şu hadisidir: *"İslâm daima üstündür ve ona üstün olunmaz."* [2]

4- Nesebin hükmü: Lakîtin, nesebi meçhul kabul edilir. Bir kimse lakîtin kendisine nisbetini iddia edecek olursa bu iddiası sahih olur ve nesep ondan sabit olur.

1- *el-Bedâyi,* VI, 198.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 422; *el-Muğnî,* V, 681.

Buna göre multakit veya bir başkası lakîtin kendisinin oğlu olduğu iddiasında bulunacak olursa, her hangi bir beyyine (delil) olmaksızın iddiası kabul edilir. Halbuki kıyasa göre beyyine olmaksızın iddiası kabul edilmemelidir.

Kıyasa göre böyle olması gerektiği gayet açıktır. Çünkü o varlığı da, yokluğu da muhtemel bir iddiada bulunmaktadır. Tercih edici bir sebep dolayısıyla birini ötekine tercih etmek kaçınılmazdır, bu da beyyine ile olabilir ve bu beyyine de ortada yoktur.

İhtihsanın izahı ise şöyledir: Böyle bir iddia lakîte faydası dokunan şeyi ikrâr etmektir. Çünkü lakît böylelikle nesep sahibi olmak şerefini elde eder. Bu olmadan toplumda ayıplanır. Böyle bir durumda iddiada bulunanın tasdik edilmesi, o bakımdan beyyineyi (delili) gerektirmez. Fakat zimmî, bir lakîtin nesebini iddia etse bu iddiası da kabul edilir ve ondan nesebi sabit olur. Ancak bu lakît Müslüman olur. Çünkü nesep iddiası lakîte fayda verecek hususlarda kabul edilir, zarar verecek hususlarda kabul edilmez. Annesinin İslâm'a girmesi hâlinde olduğu gibi. Ayrıca onun oğlunun olması kâfir olmasını gerektirmez. Böyle bir durumda çocuğun, din itibarıyla ebeveynden (anne babadan) hangisinin dini hayırlı ise ona ilhak edileceği bilinen bir husustur.

İki kişi o çocuğun kendi çocukları olduğu iddiasında bulunacak olsa ve her hangi birisinin açık delili yoksa, iddia sahiplerinden birisi Müslüman diğeri zimmî ise, o çocuğun nesebinin Müslümandan geldiğinin sabit olması daha evlâdır. Çünkü bu durum lakîte daha faydalıdır.

Şayet iddiada bulunan iki kişinin ikisi de hem hür, hem Müslüman ise onlardan birisi, çocuğun vücudunda kendisine ait olduğuna delâlet eden bir işaret bulunduğunu söyleyecek olursa, Hanefîlere göre bunu söyleyen kişi nesebine katmaya daha hak sahibidir. Çünkü o, çocuğun kendi elinde bulunduğuna delil olan bir alâmetten söz etmiştir ve zahire göre o çocuk onun kabul edilir, bu alâmet sebebiyle o tercih edilir. Çünkü yüce Allah'ın Mısır Azizi'nin karısı hakkında yakınlarından birisinin yaptığı tanıklığını bize haber verip anlatması bunun delilidir: *"Onun yakınlarından bir şahit de şöyle hakemlik yaptı: Eğer Yûsuf'un gömleği önden yırtıldıysa o kadın doğru söylemiştir, bu ise yalancılardandır. Yok, eğer gömleği arkadan yırtıldıysa, kadın yalan söylemiştir, Yusuf ise doğru söyleyenlerdendir."* (Yusuf, 26-27)

Onlardan her hangi birisi her hangi bir alâmet söyleyemeyecek olursa, yahut her ikisi de bu konuda delil getirirse her ikisinin de çocuğu olduğuna hüküm verilir. Çünkü biri ötekinden evlâ değildir. Hz. Ömer (r.a.) efendimizden buna benzer bir durumda şöyle dediği rivâyet edilmiştir: *"O bu ikisinin de oğludur. O da ikisine mirasçı olur; ikisi de ona mirasçı olur."*

Birisi bir açık beyyine (delil), öteki de bir alâmet (işaret) zikredecek olursa,

beyyine sahibi tercih edilir. Çünkü tercih edici bir sebep dolayısıyla onun tarafı ağır basmıştır.

Şafiîler de şöyle demektedir: İki kişi bir lakîtin kendilerinin olduğu iddiasında bulunsalar ve ikisinin de bir beyyineleri bulunmasa, lakît *kâife* [1] arzedilir. Kime benzerse ona ait olduğu hükmüne varılır. Çünkü şüpheye düşülmesi hâlinde kâifin lakît hakkındaki fikri, onun nesebinden geldiğine dair bir rivayete dayanmaktadır.[2]

Kocası olmayan bir kadın, lakîtin kendi oğlu olduğunu iddia edecek olur ise onun bu iddiası sabit olmaz. Çünkü burada bir kişinin nesebini başka bir kocaya isnad etmek söz konusu olur ki, bu da caiz değildir. Şayet kocası varsa ve kocası da onun iddiasını tasdik eder yahut ebe o kadının lehine şahitlik ederse veya iki kişi o kadının lehine şahitlikte bulunursa, nesep o kadından sabit olur.

İki kadın böyle bir iddiada bulunup onlardan birisi de beyyine (açık delil) getirirse beyyine sahibi tercih edilir. Her ikisi de getirecek olursa, Ebu Hanife'ye göre ikisinin de çocuğudur. Ebu Yusuf'a göre ise hiç birinin çocuğu değildir. Muhammed'den ise iki rivayet gelmiştir. Birisine göre her ikisinin de çocuğu kabul edilir, diğerine göre ise onlardan birisinin oğlu kabul edilmez.

2. Lukata

Lukata'nın manası ve hükümleri:

Lukata, kelimesi *lukta* şeklinde de okunur. İbn Mâlik, bu kelimenin dört şekilde telaffuz edildiğini zikretmektedir: *Lukâta lukta, lukata,* ve *lakat* şeklinde. el-Halil b. Ahmed de şöyle demektedir: "*Kaf*'ın fethası ile bu kelime fail isminin mübalağasıdır ki, bu kişi de *mültakit* diye bilinir: *Humeze* ve*Lümeze* gibi. *Kaf*'ın sükûnu ile ise ism-i mef'ulun mübalağa sıfatıdır. Kendisinden dolayı gülünen şeye *duhke* denilmesi; alay edilen şeye de *hüz'e* denilmesi gibi. Yolda bulunup alınan mala *lukata* denilmesinin sebebi ise, çoğunlukla tabiat olarak insanların onu yerden almakta ellerini çabuk tutmalarıdır. Çünkü o yolda bulunan şey bir maldır.

Hanbelî mezhebinden İbn Kudâme'nin söylediği gibi, lukata şer'an: "Sahibinin kaybettiği ve başkası tarafından bulunup alınan maldır." Hanefî kitaplarından *Tatarhâniyye*'nin tarifi de buna yakındır: "Gerçek sahibi bilinmeyen fakat harbînin malı gibi de mübah olmayan buluntu maldır."

Lukatanın mendupluk açısından, tazminat açısından ve başka açılardan bir takım hükümleri vardır:

1- *Kâif* (çoğulu) kâfe): aradaki benzerliklerden hareketle nesepleri bilen kimseler demektir. Kâif, nesepleri benzerliklerden hareket ile tanımakla bilinen ve bu konudaki isabeti tekrar tekrar ortaya çıkan kimsedir. Kâif izleri ve benzerlikleri takip edip arkasından giden, bunları izleyen bir şeyi takip eden kimse demek olan fire kökünden türemiştir.

2- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 428.

a) Mendupluk ve diğer bakımlardan hükmü:

Bu konuda fakihler arasında ihtilâf vardır.

Hanefîlerle Şâfiîlere göre: Efdal olan, lukatayı almaktır. Çünkü Müslümanın görevleri arasında Müslüman kardeşinin malını korumak da vardır: *"Kul kardeşine yardımcı olmaya devam ettiği sürece Allah da kuluna yardım etmeye devam eder."*[1]

Malikîlerle Hanbelîlere göre: Lukatayı yerden almak mekruhtur. Çünkü İbn Ömer ile İbn Abbas'ın sözleri bunu göstermektedir. Ayrıca kişi lukatayı almakla kendini haram yemeye maruz bırakır. Diğer taraftan lukata hakkında yerine getirilmesi icap eden tarif edilmesi, sahibine geri verilmesi ve onu başkalarına karşı korumak gibi yapılması icap eden hükümlerini yerine getirmekte kusurlu hareket etmekten de korkulur. [2]

Lukataya dair genel hükümler böyledir. Daha sonra her bir mezhebin alimleri kendi mezhebine göre etraflı açıklamalarda bulunmuştur ki burada bizim için önemli olan Hanefî ve Şafiî alimlerinin açıklamalarıdır. Onlar şöyle demektedir: Tamamen kaybolup telef olmasından korkması hâlinde, kendisinden yana güveni bulunan bir kimsenin, -fasık bir kimse almasın diye- lukatayı alması müstehaptır. Eğer kaybolacağından korkuyor ise, onu yerden alması mübahtır. Onu sahibine vermek maksadı ile değil de kendisi için alması haram olur. Çünkü Resulullah (a.s.)'ın şöyle buyurduğu rivayet edilmiştir: *"Kayıp olan malı dalâlette olandan başkası yanında bulundurmaz."* [3]

b) Tazminatı gerekip gerekmediği açısından hükmü:

Hanefîlere göre: Lukata, multakitin (onu alanın) elinde bir emanettir. Ona her hangi bir taarruzda bulunmadığı veya istenmesi hâlinde sahibine teslimi engellemediği sürece, tazminatını ödemesi söz konusu değildir. Bu ise lukatayı alanın, yanında muhafaza etmek ve sahibine geri vermek üzere aldığına dair şahit tutması ile olur. Çünkü şer'an bu şekilde almaya izin verilmiştir. Hz. Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Kim bir lukata bulursa âdil kimseleri şahit tutsun."* [4] Burada emir vücubu gerektirmektedir. Çünkü şahit tutmayacak olursa, zahire göre o, lukatayı

1- Bu hadisi Müslim, Ebu Dâvud'dan rivayet etmiştir. *Şerhu Müslim,* XVII, 21.

2- *el-Bedâyi,* VI, 200; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 423; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* III, 406; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II 299 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 4?6; *el-Muğnî,* V, 630.

3- Bu hadisi Müslim ve Ahmed, Zeyd b. Halid'den şu lafızla rivayet etmişlerdir: *"Yitiği tanıtmadığı sürece ancak sapıklar yanında tutar."* Ahmed, Ebu Davud ve İbn Mâce de şu lafızlar rivayet etmişlerdir: *"Yitiği ancak sapık olan kimse yanında alıkoyar." Neyyu'l-Evtâr,* V, 338-344; *Sübülü's-Selâm,* III, 94.

4- Bu hadisi Ahmed, İbn Mace, Iyâz b. Hımar'dan rivayet etmiştir. Ebu Dâvud, Neseî, Beyhakî ve Taberanî de rivayet etmiş olup, İbn Huzeyme *sahih* olduğunu belirtmiştir. Ayrıca İbn Cârûd ve İbn Hibbân da rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 338; *Nasbu'r-Râye,* III, 466; *Sübülü's-Selâm,* III, 96 *el-İlmâm,* 370.

kendisi için almaktadır. Şahit tutmak için de: "Herhangi bir şeyini kaybettiğini işittiğiniz kişiyi bana gönderiniz" demesi yeterlidir.

Aynı şekilde lukatayı alan kimseyi lukata sahibi malik adına korumak için aldığı konusunda tasdik etse yine lukata emanet hükmüne tâbi olur.

Eğer multakit şahit tutmaz ve lukata sahibi ile birbirlerini bu konuda tasdik etmezler, aksine lukatayı alan kişi: "Ben bunu malikin adına aldım" deyip malik de onun yalan söylediğini ileri sürerse, Ebu Hanife ile Muhammed'e göre lukatanın tazminatını öder. Çünkü zahire göre o, o lukatayı mâlik için değil, kendisi için almıştır.

Malikîler, Şafiîler ve Hanbelîlere göre: Lukata bir emanettir, ancak lukataya şahit tutma şartı yoktur, sadece müstehaptır. Onu alan kişi şahit tutmayacak olursa, onlara ve Ebu Yusuf'a göre tazminatı yoktur. Çünkü lukata bir emanettir. Şahit tutmayı terketmek, onu emanet olmaktan çıkartıp tazminat altında olmak durumuna getirmez. Bunun delili ise Süleyman b. Bilâl ve başkalarının şu hadisidir: *"Sahibi gelirse (ona verirsin), gelmezse senin yanında bir vedîa (emanet) olsun."* (1)

Şahit tutmanın şart olmamasının sebebi ise, Resulullah (a.s.)'ın Zeyd b. Halid ve Übeyy b. Ka'b'a şahit tutmaksızın sadece lukatayı tarif etmelerini emretmesidir. (2). Bilindiği gibi beyanın (şer'î hükmün açıklanmasının) gereken vakitten sonraya bırakılması caiz değildir. Şayet şahit tutmak vacip olsaydı, Peygamber (a.s.) kendisine lukatanın hükmü sorulduğu esnada bunu elbette açıklardı. O hâlde Hanefîlerin delil göstermiş olduğu İyâz'ın şahit tutmaya dair rivayet ettiği hadisteki emrin, sadece mendup oluşa ve müstehaplığa hamledilmesi anlaşılmış olur. (3)

Ebu Hanîfe ile Muhammed'e göre: Bir kişi Lukatayı alsa, sonra onu aldığı yere geri götürse, zahir rivayete göre kendisine tazminat gerekmez. Çünkü o teberru yoluyla ve Allah'tan karşılığını bekleyerek almıştır. Geri götürmesi hâlinde ise bu teberrusunu feshetmiş olur. Dolayısıyla onu oradan almamış gibi olur. Bu hüküm, malikin, mültakitin (lukatayı alan) lukatayı korumak üzere aldığını veya önce buna dair şahit tutup sonra da bu malın kaybolduğu şeklindeki iddiasını malikin tasdik etmesi hâlinde söz konusu olur. Şayet şahit tutmamış ise Ebu Hanife ile Muhammed'e göre üzerine tazminat icap eder.

1- Süleyman'ın rivayet ettiği hadîsi Müslim rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 341; *el-İlmâm,* 371; *Şerhu Müslim,* XII, 25.

2- Zeyd'in rivayet ettiği hadisi Buharî, Müslim ve Ahmed -az önce de işaret ettiğimiz gibi- rivayet etmişlerdir. Ubeyy b. Ka'b'ın hadisini ise Müslim, Ahmed ve Tirmizî rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 338 vd.

3- *el-Mebsût,* XI, 12; *Fethü'l-Kadîr,* aynı yer; *el-Bedâyi,* VI, 201; *Tebyînü'l-Hakâik,* II, 301 *Mecmau'd-Damânât,* 209 vd.; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 303 vd.; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 121; *el-Kavâninü'l-Fıkhiyye,* 342; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 407; *el-Muğnî,* V, 644, 647; *el-Kavâid, İbn Receb,* 53.

Ebu Yusuf'a göre ise tazminat icap etmez; şahit tutmuş olmasıyla olmaması da durumu değiştirmez. Bu durumda mültakitin yeminle beraber onu sahibi adına korumak üzere aldığına dair sözü kabul edilir.

Malikîlere göre: Lukata'yı yerine geri götürene tazminat yoktur. Çünkü rivayet edildiğine göre Hz. Ömer deve bulan birisine şöyle demiştir: *"Onu bulduğun yere götür ve serbest bırak."* Fakat Malikî mezhebindeki meşhur görüşe göre lukatayı kendi yerine veya bir başka yere geri götürecek olursa onu tazmin eder.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: Bir kişi lukatayı alsa daha sonra da onu eski yerine geri götürse, onu tazmin eder. Çünkü lukata bulan kimsenin eline geçirdiği bir emanet olmuştur, koruması lazımdır. Kaybettiği takdirde vedîanın (emanetin) durumunda olduğu gibi, tazminatını ödemesi lâzımdır.

Buna göre cumhurun görüşü lukata alındıktan sonra yerine iade edilecek olursa, tazmin edilmesi vaciptir, şeklinde olmaktadır.

Lukatayı bulan, onu hakimin izni olmaksızın başkasına verecek olursa, lukata onun tazminatı altındadır. Bizzat kendisinin o lukatayı koruması icap eder. Çünkü o lukatayı almakla, korumayı da üstlenmiş demektir.

Eğer lukata, bulanın elinde telef olursa, şayet insanlara: "Ben bir lukata buldum, onu arayanı görürseniz ona bana gösterin" demek suretiyle şahit tutmuş ise, tazminatını ödemez. Fakat şahit tutmamış ise, Ebu Hanife ile Muhammed'e göre tazmin eder. Ebu Yusuf'a göre ise lukatayı sahibine iade etmek üzere almış ise, tazminat ödemez ve eğer sahibi bu konuda onu doğrulamayacak olursa -az önce de belirtmiş olduğumuz gibi- bu şekilde aldığına dair yemin eder.

Eğer lukatayı alan kişi, kendisine mülk edinmek maksadıyla aldığını ikrar ederse, malike onu geri ödemediği sürece tazminattan kurtulamaz. Çünkü onun bu lukatayı gasp ederek aldığı ortaya çıkmıştır. O hâlde ona düşen, sahibine geri vermektir. [1] Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Kişi eline geçirdiğini asıl sahibine iade edinceye kadar kendi aleyhinde (tazminat altında olmak üzere) tutar."* [2]

Lukata'nın türü:

Lukata iki türdür: Hayvanın dışında lukataki bu, sahibi bilinmeyen, yolda düşmüş olan maldır. Diğeri ise hayvan lukatasıdır. Bu da kaybolmuş deve, inek ve koyun gibi davarlardır.

Hayvan lukatasının hükmü: Hanefîlerle sahih görüşlerinde Şafiîlere göre hay-

1- *el-Bedâyi,* VI, 201; *el-Mebsût,* XI, 11, 13; *Bidayetü'l-Müctehid,* II, 304; *el-Muğnî,* V, 694; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 411.

2- Bu hadisi Ahmed ve dört *Sünen* sahibi el-Hasen b. Semura'dan rivayet etmiş olup, Hakim *sahih* olduğunu belirtmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 298; *Nasbu'r-Râye,* IV, 167.

vanları lukata olarak almak caizdir. Ancak bunun sahibi adına korumak için alınması gerekir. Bundan maksat da insanların mallarını korumak, kaybolmalarını önlemek ve onlara hainlik edecek kimsenin eline düşmesini engellemektir.

İmam Malik şöyle der: "Kayıp hayvanı almak mekruhtur. Kaybolan malı almak da, aynı şekildedir." [1] Çünkü *Kütüb-i Sitte* sahipleri Zeyd b. Halid el-Cühenî'den şöyle dediğini rivayet etmektedirler: Resulullah (a.s.)'a altın ve gümüş lukatası hakkında soru soruldu, o da şöyle buyurdu: *"Onun içinde bulunduğu torbasını ve bağını kendin iyi belle ve bir sene boyunca bunu etrafa duyur. Eğer ona sahip çıkan kimse olmazsa sen de onu istinfak [2] et. Senin yanında bir vedîa olarak kalsın. Her hangi bir gün sahibi gelip isteyecek olursa da ona öde."* Adamın birisi de kaybolmuş develer hakkında soru sordu; Hz. Peygamber şöyle buyurdu: *"Ondan sana ne, onu bırak! Onun ayakları da, içecek suyu da onunla birliktedir (yani korunmaya ihtiyacı yoktur." Suya kendisi gider ve ağaç yapraklarını yer. Bu durumu sahibi tarafından bulununcaya kadar böylece devam eder."* Hz. Peygambere kaybolmuş koyun hakkında da soru sorulunca şöyle buyurdu: *"Sen onu al, çünkü o ya senindir, ya kardeşinindir veya kurdundur."* [3]

Ebu Dâvud, Ahmed ve İbn Mace, Cerîr b. Abdullah'tan şunu rivayet etmektedirler: *"O kendi inekleri arasına karışmış bir ineğin görünmeyecek kadar uzaklara gidinceye kadar kovulmasını emretmiş, sonra da şöyle demişti: Ben Resulullah (a.s.)'ı şöyle buyururken dinledim: "Kaybolmuş olan bir hayvanı ancak sapık olan bir kimse yanında barındırır."* [4] Yine Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: *"Yitik mal müslümanı ateşe doğru götürür."* [5] Yani onu mülk edinmesi hâlinde ateşe gitmesine sebep teşkil eder.

Müslim, Ahmed ve Tirmizî, Ubeyy b. Ka'b'dan lukata ile ilgili hadiste peygamber (a.s.)'in şöyle buyurduğunu rivayet etmektedirler: *"Sen onu ilan et. Eğer bir kişi gelip sana sayısını, torbasını ve bağını bildirecek olursa onu ona ver, değilse sen ondan faydalan."* [6]

Birinci grup ise bu hadis-i şerifler hakkında şu cevabı verirler: Salâh ve emin insanların çoğunlukta olduğu geçmiş dönemlerde lukatanın hükmü bu idi ve böyle-

---

1- *el-Mebsût,* XI, 11; *el-Bedâyi,* VI, 200; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 428; *Tebyînü'l-Hakâik,* III, 305 *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 299 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 409; *el-Muğnî,* V, 631.

2- *İstinfak:* Ya onu kendisi tüketip bedelini borçlanması veyahut da yanında vedia (emanet) olarak alıkoyması ve sahibi gelinceye kadar tutması, sahibi gelince de ona vermesi demektir.

3- *Nasbu'r-Râye,* III, 468; *Neylü'l-Evtâr,* V, 338; *Şerhu Müslim,* XII, 20.

4- Hadisi Ahmed, Ebu Dâvud ve İbn Mace rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* V, 344; *Sübülü's-Selâm,* III, 94.

5- Bu hadisi Taberânî, *el-Mu'cemü'l-Kebîr*'de İsmet'ten rivayet etmiştir. Senedinde Ahmed b. Raşid vardır, zayıf bir ravidir. Ayrıca Ahmed, İbn Mace, Tahavî ve başkaları da Abdullah b. eş-Şihhîr'den rivayet etmişlerdir. *Mecmau'z-Zevâid,* IV, 267; *Sübülü's-Selâm,* III, 94.

6- *Nasbu'r-Râye,* III, 467; *Neylü'l-Evtâr,* V, 339.

likle ona hiyanet edecek bir kimsenin eline ulaşmazdı. Günümüzde ise hainliğin çok olmasını göz önünde bulunduracak olursak onun alınıp sahibi adına korunması söz konusu olur.

Bütün bunlar hacdaki lukatanın dışındaki şeyler hakkındadır. Ulema, hacda lukatayı almanın caiz olmadığı konusunda icma etmişlerdir. Çünkü Peygamber (a.s.) bunu yasaklamıştır. (1) Mekke'deki lukatanın hükmü de aynı şekilde caiz değildir. Çünkü Peygamber (a.s.) fetih günü Mekke'de şöyle buyurmuştur: *"Onun lukatasını almak, sahibini bulmak üzere ilân vermiş olan kimsenin dışındakine, helâl değildir."* Bir başka lafızda da şöyle buyurulmuştur: *"Mekke'de yola düşürülen bir şeyin alınması, onu ilân edecek kimse dışında hiçbir kişiye, helâl değildir.* (2)

Lukatanın ne yapılacağı:

Lukatayı alan kişi, onu etrafa duyurmalı ve tanıtmalıdır. Çünkü Buharî ve Müslim, Zeyd b. Haris'ten şöyle dediğini rivayet etmişlerdir: *"Adamın birisi Resulullah (a.s.)'a lukata hakkında soru sordu. O da: "Bir sene boyunca onu ilan et" diye buyurdu."* Yine Hz. Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Lukata helâl değildir. Her kim (lukata olarak) bir şey alacak olursa, bir sene süreyle onu ilân etmelidir."*(3)

Lukatanın ilânına, tanıtılmasına bağlı olarak tanıtmanın keyfiyeti, tanıtmanın süresi, tanıtma yeri, tanıtmanın masrafları, yitik hayvanın ihtiyaçları, lukatanın sahibine geri verilmesinin şartı ve onu mülk edinmenin hükümlerinden de söz edilmeyi gerektirmektedir:

a) Lukatanın tanıtılma keyfiyeti ve tanıtanın yapacağı açıklamanın hükmü:

Lukatanın tanıtılmasından maksat, bulunan yerde, bulunan şey konusunda duyulacak biçimde ilânda bulunmaktır. Bu tanıtma çarşı, pazar, mescit önleri, kahvehaneler ve umumi toplantı yerlerinde yapılır. Tanıtılması ise türünü zikretmek gibi bazı niteliklerinden söz etmekle olur.

Meselâ: "Kimin para veya elbisesi kaybolmuşsa..." şeklindeki sözler le bu tür şeylerin bulunmuş olduğu herkese duyurulur, fakat onun nitelik veya miktarı belirtilmez. Çünkü bu şekilde tanıtılacak olursa, işiten herkes onun niteliklerini bilir ve

1- Hadisi Ahmed ve Müslim, Abdurrahman b. Osman'dan rivayet etmişlerdir: *"O dedi ki: Resulullah (a.s.) hac lukatasından alınmasını nahyetti." Şerhu Müslim,* XII, 28; *Sübülü's-Selâm,* III, 96.

2- Bu hadisi Buharî ve Müslim şu lafızla rivayet etmişlerdir: *"Lukata ancak onu tanıtacak kimse tarafından alınır."* Bir başka lafızda ise: *"Ancak onu tanıtıcı kimse tarafından alınır"* şeklindedir. Ayrıca Ebu Hureyre'den de şu lafızla rivayet etmiştir: *"Orada (yani Mekke'de) düşüp kaybolmuş bir şeyi, ancak ilân edecek kimsenin alması helâl olur." Nasbu'r-Râye,* III, 467; *Neylü'l-Evtar,* V 324.

3- Bu hadisi el-Bezzâr, *Müsned*'inde, Darekutnî de *Sünen*'inde Ebu Hureyre'den rivayet etmişlerdir Bu hadis ve bundan önce kaynakları belirtilmiş hadis için bk. *Nasbu'r-Râye,* III, 466; *Neylü'l-Evtâr,* V, 338; *Sübülü's-Selâm,* III, 94; *Şerhu Müslim,* XII, 26.

böylece onun bu gibi nitelikleri mülkiyetin delili olmaktan çıkar.

Cumhura göre bulanın lukatayı tarif etmesi icap eder. Çünkü Resulullah (a.s.)'ın Zeyd b. Halid'e söylediği: *"Bir sene süreyle onu tanıt"* emrinin zahiri vücubu gerektirir. Çünkü usül âlimlerine göre emrin zahiri vücup içindir.

Şafiîlerin çoğunluğu da şöyle demektedir: Lukatayı sahibi adına muhafaza etmek isteyen kimsenin, onu ilân etmesi icap etmez. Çünkü şeriat bu ilanı, lukatayı mülk edinmek maksadı ile alması halinde vacip kabul etmiştir. Şu kadar var ki, Şafiilerce mutemet kabul edilen görüşe göre ilân yapmak vaciptir. Buna göre dört mezhebin lukatanın ilân veya tarif edilmesinin vacip olduğu üzerinde ittifak etmiş oldukları söylenebilir.

Bulan kimse bu ilânı bizzat kendisi yapabileceği gibi, tanıtmayı yapabilecek başka bir kimseyi vekil de edebilir.[1]

b) Tanıtma süresi:

İlim adamlarının ittifakına göre yerleşim bölgesinden uzaklarda, ıssız bir yerde kaybolmuş bir koyun bulan bir kimse, o koyunu yiyebilir. Çünkü Peygamber (a.s.) koyun hakkında şöyle buyurmuştur: *"O koyun senin yahut kerdeşinin veya kurdundur."* Ancak yediği bu koyunun kıymetini sahibine tazminat olarak ödeyip, ödemeyeceği hususunda farklı görüşler ortaya konulmuştur.

Cumhura göre kıymetinin tazminatını öder. Çünkü müslüman bir kimsenin malı, ancak sahibinin rızası, gönül hoşluğu ile helâl olabilir. [2]

Daha meşhur olan görüşüne göre İmam Malik bu hadisin zahiri ile amel ederek tazminat ödemeyeceğini söylemektedir.

Ulema, koyun dışında kaybedilmiş malların, önemli olanlarının bir yıl süre ile tanıtılması gerektiği üzerinde ittifak etmişlerdir. Çünkü Peygamber (a.s.) -önceden de gördüğümüz gibi- lukatanın bir sene tanıtılmasını emretmiştir.

Buharî ve Müslim'in Ubeyy'in rivayet ettiği ve lukatanın üç, dört veya on yıl süreyle tanıtılacağına dair hadis-i şerifi ise ravîlerden birisinin bir yanlışlığıdır, ya da bu, lukatada tasarruf etmekten korkan, takvaya uygun hareket etmek isteyen kimsenin durumu hakkında kabul edilir. [3]

Az miktardaki şeylere gelince; Şafiîler şöyle demektedirler: Daha sahih görü-

---

1- *Ed-Dürrü'l-Muhtâr,* III, 350; *Fethü'l-Kadîr,* IV, 426; *eş-Şerhu'l-Kebîr, ed-Derdîr,* IV, 120 *Muğni'l-Muhtâc,* II, 411, 413; *el-Mühezzeb,* I, 429; *el-Muğnî,* V, 631, 633 vd.; *Neylü'l-Evtar,* V 340; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* IV, 362.

2- Bu hadisi Hakim ve *Sahîh*'inde İbn Hibban, Ahmed, el-Bezzar yakın lafızlar ile Ebu Humeyd es-Saidî'den rivayet etmişlerdir. İmam Ahmed de bu lafızla Amr b. Yesribî'den de rivayet etmiştir. Bu manada bir çok hadis-i şerif vardır. *Sübülü's-Selâm,* III, 60 vd.; *Mecmau'z-Zevâid,* IV, 171.

3- *Nasbu'r-Râye,* III, 467; *Neylü'l-Evtâr,* V, 340.

şe göre önemsiz, yani az mal kabul edilen az şeyler -ki bu bir dinar veya bir dirhem değerinde olan şeylerdir- bir sene boyunca tanıtılmazlar. Çünkü Hz. Aişe (r. anhâ): *"Dirhemden daha az değere sahip olan şeylerden bulanın yararlanmasında mahzur yoktur"* demiştir. Az olan miktar, hırsızın elinin kesilmeyeceği miktar olarak da takdir edilmiştir ki, bu da cumhura göre bir dinarın dörtte biri, Hanefîlere göre ise on dirhemdir. Böyle bir kimse çoğunlukla böyle bir şeyi kaybedenin artık üzerinde durmayacağını tahmin ettiği bir süre tanıtmakla yetinir. Malikîlerce tercihe şayan görüş de budur. Ebu Hanîfe'den gelen bir rivayetin muhtevasına göre de şöyledir: Eğer o şeyin kıymeti on dirhem, yani bir dinardan daha aşağı ise uygun göreceği kadar bir kaç gün tanıtır. Şayet on dirhem ve daha fazla ise onu bir sene süreyle tanıtır. Ancak bu rivayet Hanefîlerce zahir rivayet değildir. Tahavî şöyle demektedir: "Bir lukata bulan kimse, onu bir yıl süreyle tanıtır. Bulduğu o şey ister kıymetli, ister kıymetsiz olsun zahir rivayete göre böyledir."

Hanefîlerce zahir görülen rivayet, Hanbelîlerin mezhebinde de zahir olan (üstün kabul edilen) görüştür. (1)

Kıymetsiz şeyler hakkında fakihler şöyle demektedirler: Az miktardaki şeylerin mübah olduğunda ve bunlardan ilân edilmeksizin faydalanılabileceğinde görüş ayrılığı yoktur. Bir hurma tanesi, bir ekmek veya, bir bez parçasında olduğu gibi. Çünkü Peygamber (a.s.) bir hurma bulup onu yiyen kimsenin durumunu kınamayıp aksine şöyle demiştir: *"Eğer sen ona gitmeseydin o sana gelirdi."* Ayrıca Peygamber (a.s.) bir hurma bulmuş ve şöyle demiştir: *"Ben bunun zekât malından olacağından korkmasaydım yiyiverecektim."* (2) Dikkat edilecek olursa tanıtma ilân müddetinin tamamlanması, lukatanın çabukça bozulup çürüyen cinsten olmayan şeylerden olması hâli ile ilgilidir. Eğer çabuk bozulup çürüyen türden ise, onu ya tasadduk eder veya kendisi harcar. Hanefîlere göre hüküm böyledir.

Şafiîlere göre ise o lukatayı bulan kişi muhayyerdir: İsterse satar ve tanıtmadan sonra bedeline malik olur, isterse hemen ona malik olup yer ve (sahibinin ortaya çıkması hâlinde) kıymetinin bedelini öder.

c) Tanıtma yeri:

Lukata çarşı-pazarlarda, insanların toplanma yerlerinde tanıtılır. Çünkü tanıtmadan maksat, onun duyurulması ve açığa vurulmasıdır. Böylelikle sahibinin bundan haberdar olması sağlanmış olacaktır. Bir şey kaybeden kişi, bunus mescitte ilân etmez. Çünkü mescit bunun için yapılmış bir yer değildir. Peygamber (a.s.) şöyle

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 301, 303; *eş-Şerhü'l-Kebîr,* IV, 120; *el-Muğnî,* V, 632, 634; *el-Mühezzeb,* I, 430; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 415; *el-Bedâyi,* VI, 202; *Tebyînü'l-Hakâik,* III, 302 vd.; *Fethü'l Kadîr,* IV, 424 vd.; *Muhtasaru't-Tahavî,* 139.

2- Bu iki hadis-i şerifi Hanbelî mezhebine mensup İbn Kudâme zikretmektedir. (Bk., V, 634) Bunların ikincisini de Buharî ve Müslim, Enes'ten rivayet etmiştir. *Sübülü's-Selâm,* III, 93; *el-İlmâm,* 373.

buyurmuştur: *"Her kim bir kişinin mescitte yitik ilân ettiğini işitirse ona: "Allah yitiğini ona geri çevirmesin!" desin. Çünkü mescitler böyle bir iş için yapılmış değildir."* (1) Ömer (r.a.) Efendimiz de lukata bulan kimsenin mescit kapısında onu tanıtmasını emretmiştir.

Şafiîler sene içerisinde tanıtma yolunu da açıklayarak şöyle demiştir: Senenin başında sabah akşam olmak üzere günde iki defa tanıtır. Daha sonra günde bir defa, daha sonra haftada bir veya iki defa, ondan sonra da yaklaşık her ay birer defa tanıtmakla yetinilir. (2)

d) Tanıtmanın ve yitiğin gerek duyacağı masraflar:

Lukatayı tanıtmak, meselâ günümüzde olduğu gibi gazetelerde ilân vermek gibi bir takım masrafları gerektirecek olursa, Hanefîlerle Hanbelîler bu gibi masrafların lukatayı bulana ait olacağını söylemişlerdir. Çünkü bu bizzat tanıtana düşen, onun tarafından karşılanması icap eden bir ücrettir. O bakımdan lukatayı mülk edinmeyi kastettiği gibi, bu masrafı da karşılamak ona düşer. Diğer taraftan lukatayı bulan tanıtmayı bizzat kendisi yapacak olsaydı, sahibinden ayrıca alacak bir ücreti söz konusu olmazdı. Aynı şekilde tanıtmak için ücretle başkasını tutacak olursa, lukatanın asıl sahibinin her hangi bir şey ödemesi icap etmez.

Malikîler de şöyle der: Bulan kişi, lukataya kendinden herhangi bir şey harcayacak olursa, lukatanın sahibi, yapılmış olan masrafı ona ödeyip lukatayı almak veya masrafı karşılığında onu bulana teslim etmek arasında muhayyer bırakılır.(3)

Şafiîler de şöyle demektedir: Lukatanın tanıtılması, mutemet olan görüşe göre, bulanın görevi olduğundan dolayı -mültakit lukatayı maliki adına korumak maksadıyla aldığı takdirde,- tanıtmanın masraflarını ödemek zorunda değildir. Hakim bunları beytülmalden karşılar (4) ya da malikin namına bu masrafları borç alır.

Şayet bulan kimse lukatayı mülk edinmek maksadıyla almış ise, ister mülkiyetine geçirsin isterse geçirmesin, tanıtmanın masraflarını kendisinin karşılaması lâzımdır. Makul olan görüş de budur.

Kaybolan eşyanın ve lukatanın gerektirdiği masraflara gelince: Malîkiler şöyle demektedirler: Multakit, lukatanın asıl sahibine müracaat ederek yaptığı masrafları alabilir. Şafiîlerle Hanbelîler de şöyle demektedir: Lukatayı yerden alan mültakit, onu korumayı da bedelsiz olarak üstlenmiş olur. O bakımdan lukata sahibinden

1- Hadisi Müslim ve Ebu Dâvud, Ebu Hureyre'den, el-Bezzar, Sa'd b. ebu Vakkas ile Enes b. Malik ve İbn Mes'ud'dan rivayet etmişlerdir. *Mecmau'z-Zevâid*, IV, 170; *et-Tac*- I, 215.

2- *el-Bedâyi*, VI, 202; *Reddü'l-Muhtâr*, III, 350; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 413; *el-Muğnî*, V, 633; *eş Şerhu'l-Kebîr, ed-Derdîr*, IV, 120; *Neylü'l-Evtâr*, V, 340.

3- *eş-Şerhu'l-Kebîr ve Hâşiyetü'd-Desûkî*, IV, 123.

4- *Muğni'l-Muhtâc*, II, 413 vd.

yaptığı bir şey alamaz. Ancak Şafiîler şöyle derler: Eğer yapacağı masrafları sahibinden almak istiyorsa masraf yapmak için hakimden izin almalıdır. Hakimi bulamayacak olursa yaptığı masraflara şahit tutar.

Hanefîler de böyle demektedir: Eğer mültakit, hakimin izni olmaksızın lukataya masraf yapacak olursa, o teberru olarak masraf yapıyor demektir. Çünkü o, malikin emri olmaksızın onun zimmetini borç ile meşgul etmek velâyetine sahip değildir. Şayet lukataya hakimin izni ile masraf yapacak olursa, onun yapmış olduğu bu masraf malikin borcu olur. Çünkü hakim maslahatlarına riayet etmek maksadıyla gaib kişinin malı üzerinde velâyet yetkisine sahiptir. Eğer durum hakime arzedilmiş ise meseleye bakar: Şayet bu hayvanın bir faydası olup burada onu ücretle tutacak kimse bulunur ise onu kiraya verir ve masrafını kiradan karşılar. Çünkü bu hayvanın ücretle kiralanmasında malikin maslahatı vardır. Eğer icare yoluyla hayvandan bir menfaat sağlanamıyor ve yapılan masrafın kıymetini aşacağından korkuluyorsa, hakim mültakite o hayvanı satıp bedelini korumasını emreder.

Eğer o hayvanı satmamanın daha uygun olacağı görüşünde olur ve aksine masraf yapmanın yerinde olacağı kanaati ağır basarsa, ona masraflarını karşılamasına izin verir ve yapılan bu masrafları malikin üzerine borç olarak kabul eder. Malik bulunduğu takdirde mültakit yaptığı masrafları getirinceye kadar lukatayı teslim etmemek hakkına sahiptir. Şayet yapılan masrafları vermek istemeyecek olursa, hakim lukatayı satar ve multakite yapmış olduğu masraf ne ise verir. [1]

e) Lukatayı sahibine geri vermenin şartı:

Lukatanın sahibine iade edilmesi için, onu başkasından ayırt edecek bir alâmetini zikretmesi, yahut beyyine (açık delil) ile onun kendisine ait olduğunu ispat etmesi, yani iki şahidin şehadeti ile ispatlaması şarttır. Eğer o lukatanın kendisine ait olduğunu ispat eder veya başkasından ayırt edecek bir alâmetini zikredecek olursa, meselâ, içinde bulunduğu kabı yahut da bağı, niteliklerini, ağırlığını, sayısını zikredecek olursa, o takdirde mültakitin onu sahibine teslim etmesi helâl olur. Arzu edecek olursa kefil de alabilir. Çünkü o lukatayı o kişiye alâmet ve ayırıcı özelliği sebebiyle geri vermesi hakkında şer'î delil varit olmuştur. Bu konuda alimlerin ittifakı vardır. Ancak multakitin, mahkeme yoluyla mücerret ayırıcı niteliklerini söylediği takdirde lukatayı sahibine vermek için mecbur edilip edilemeyeceği, yahut malikin bu konuda bir beyyine (açık delil) getirmesinin zaruri olup olmadığı hususunda ilim adamları arasında ihtilâf vardır.[2]

Hanefîler ve *Şâfiîlerce makbul görüşe göre:* Multakit, lukatanın kendisine ait

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 304; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 410; *el-Bedâyi,* VI, 203; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 42[illegible] vd.; *Tebyînü'l-Hakâik,* III, 305; *el-Mühezzeb,* I, 432; *el-Mebsût,* XI, 9; *el-Muğnî,* V, 633 vd.

2- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 431; *el-Mebsût,* XI, 8; *el-Bedâyi,* VI, 202; *Tebyînü'l-Hakâik,* III, 306; *ed Dürrü'l-Muhtâr,* III, 353; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 302; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 416; *el-Mühezzeb,* I 431; *el-Muğnî,* V, 644 vd.

olduğunu beyyinesiz olarak iddia eden kimseye teslim etmeye mecbur edilmez. Çünkü o bir iddia sahibidir. Bu iddianın da diğer iddialar gibi beyyineye (açık delile) ihtiyacı vardır. Zira Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Eğer insanlara iddiaları üzerine (istedikleri) verilecek olursa, bir takım insanlar kalkıp başkalarının mallarını ve kanlarını iddia edeceklerdir. Fakat (şunu bilin ki) beyyine (delil) getirmek iddiada bulunan kimseye, yemin de bu iddiayı inkâr eden kimseye düşer."*(1)

Diğer taraftan lukata başkasına ait olan bir maldır. Niteliğini belirtmek suretiyle bu malın teslim edilmesi -vedîada olduğu gibi- icap etmez. Ancak mültakitin bu lukatayı, söylediği alâmetlerin uygun olması hâlinde iddia eden kimseye vermesi Hanefîlere göre helâldir. Yahut da mültakit iddia sahibinin doğru olduğuna zann-ı galibi ile kanaat getirirse, Şafiîlere göre teslim etmesi helâldir. Bu da Resulullah (a.s.)'ın şu buyruğu ile amel etmenin gereğidir: *"Şayet sahibi gelir ve onun torbasını ve bağını tarif ederse, sayısını belirtirse onu ona ver; değilse o senindir."*

Malikîlerle Hanbelîlere göre: Şayet lukatanın sahibi belirtilen nitelikleriyle onu nitelendirebilecek olursa, mültakit sahibine teslim etmesi için mecbur edilir. Zann-ı galibi ile onun doğru söylediğine kanaat getirmesi ile getirmemesi arasında fark yoktur. Beyyine getirmeye de ihtiyacı yoktur. Çünkü Peygamber (a.s.)'in şu buyruğunun zahiri böyle amel etmeyi gerektirir: *"Bir kişi gelip sana onun sayısını, kabını ve bağını bildirecek olursa, sen onu ona teslim et!"*

Daha önce geçen Zeyd b. Halid el-Cühenî hadisinde de şöyle denilmektedir: *"Sen onun torbasını ve bağını iyice belle, sonra da bir sene boyunca onu tanıt. Eğer onu tanıyacak (kendisinin olduğunu söyleyecek) birisi çıkmazsa, sen onu harca! Günün birinde onu arayan kişi çıkar da gelirse onu ona öde."* Yani niteliklerini belirtirse öde demektir. Çünkü hadis-i şerifin baş tarafında zikredilen budur. Hadisin her hangi bir yerinde de beyyineden söz edilmemektedir. Eğer onu vermek için beyyinenin belirtilmesi şart olsaydı, bunun zikredilmemesi caiz olmazdı ve delilsiz olarak verilmesi emredilmezdi. Diğer taraftan lukataya dair beyyine getirmeye imkân yoktur. Çünkü bu beyyine gaflet ve doğru dürüst farkında olmadık bir zamanda kaybolmuştur. Peygamber (a.s.)'in: *"Beyyine iddia sahibine düşer"* buyruğu ise, eğer ortada bu iddiayı reddeden varsa söz konusudur. Burada ise böyle bir iddiayı reddeden bulunmaz. Gerçekten de tercihe şayan olan görüş budur.

f) Lukatayı mülk edinmenin hükmü:

Lukatanın bir sene süre ile tanıtıldıktan sonra ne yapılacağı konusundaki hüküm hakkında fakihler farklı iki görüş beyan etmişlerdir: Birisi lukatanın zengin tarafından değil, fakir tarafından mülk edinilmesini , ikincisi ise mutlak olarak mülk

1- *Hasen* bir hadis olup Beyhakî ve Ahmed tarafından böylece rivayet edilmiştir. Buharî ve Müslim'de ise İbn Abbas'tan başka bir lafızla varit olmuştur. *Nasbu'r-Râye,* IV, 95; *Neylü'l-Evtâr,* VIII, 305 *Sübülü's-Selâm,* IV, 132; *el-İlmâm,* 521; *Şerhu Müslim,* XII, 2.

edinilmesini caiz kabul eden görüştür.

Hanefîlere göre: [1] Şayet lukatayı bulan zengin bir kimse ise lukatadan yararlanması caiz değildir. Yabancı veya akraba olan bir fakire tasadduk eder. Bunlar anne-babası, hanımı yahut çocuğu dahi olabilir. Çünkü bu, başkasına ait bir maldır. Onun rızası olmaksızın o maldan yararlanmak caiz değildir. Zira Kur'an ve Sünnette bu konuda mutlak naslar vardır. Meselâ, yüce Allah'ın şu buyrukları bunlara örnektir: *"Mallarınızı aranızda bâtıl yollarla yemeyin."* (Bakara, 188), *"Ve haddi aşmayın. Çünkü Allah haddi aşanları sevmez."* (Bakara, 190) Hz. Peygamberin şu buyruğu da bunu ifade etmektedir: *"Müslüman bir kişinin malı onun rızası, gönül hoşluğu ile olmadıkça (bir başka Müslümana) helâl olmaz."*

Ebu Hureyre'nin rivayet ettiği hadis-i şerifte de Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: *"Lukata helâl değildir. Her kim bir şey bulacak olursa bir sene süreyle onu tanıtsın. Sahibi çıkacak olursa ona geri versin. Çıkmazsa tasadduk etsin."* [2]

Iyaz b. Hımâr el-Mücâşiî'nin rivayet ettiği hadiste de şöyle buyurulmuştur: *"Her kim bir lukata bulursa, ona bir veya iki adil kimseyi şahit tutsun. Hiçbir şey gizlemesin, hiç bir şeyi kaybettirmesin, sahibini bulduğu takdirde ona geri versin, değilse o Allah'ın bir malıdır, onu dilediğine verir."*

Şayet lukatayı alan kişi, fakir ise tasadduk yoluyla o lukatadan faydalanması caiz olur. Çünkü Hz. Peygamber (a.s.): *"Onu tasadduk etsin"* buyurmuştur.

Eğer lukatayı tasadduk ettikten veya ondan yararlandıktan sonra sahibi ortaya çıkacak olursa muhayyerdir: Sahibi dilerse bu sadakayı geçerli kabul eder ve sevabı kendisine ait olur, dilerse de mültakite tazminat ödettirir. Dilerse bu lukatanın kendisine sadaka olarak verildiği fakirden onu alır. Onlardan hangisine tazminatı ödettirirse o, ötekine başvurup bir şey almaz.

Fakihlerin cumhuruna göre: Multakitin lukatayı mülk edinmesi caizdir. Ve bu da ister zengin olsun ister fakir olsun, diğer malları gibi olur. Çünkü bu Ömer, İbn Mes'ud, Aişe ve İbn Ömer r. anhum gibi bir grup sahabeden rivayet edilmiştir. Zeyd b. Halid'in hadisinde Hz. Peygamberin şu sözlerinde de sabit olmuştur: *"Şayet o lukatayı tanıyan çıkmazsa, sen onu harca!"* Bir diğer lafızda da şöyle denilmektedir: *"Değilse, o lukatanın durumu, senin malının durumu gibidir."* Başka bir lafızda ise: *"Sonra onu yiyebilirsin"*. Bir diğer lafızda: *"Ondan yararlanabilirsin."* Bir başka lafızda ise: *"Ona istediğini yapabilirsin"* diye buyurulmuştur. Übeyy b. Ka'b'ın rivayet ettiği hadiste ise: *"Sen onu harca"*, bir diğerinde ise: *"Sen ondan ya-*

1- *el-Mebsût*, XI, 4 vd.; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 432 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik*, III, 307; *el-Bedayi*, VI, 202; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, III, 351.

2- Hadisi el-Bezzâr ve Darekutnî, Ebu Hureyre'den rivayet etmiştir. *Nasbu'r-Râye*, III, 466. Ayrıca Taberanî, Ya'lâ b. Mürre'den *merfû* olarak rivayet etmiştir. Ravileri arasında *zayıf* olanı vardır; lafzı şöyledir: *"Sahibi gelirse (ona versin), değilse onu sadaka olarak versin."* *Neylü'l-Evtâr*, V, 337.

rarlan" denilmiştir ki bu da *sahih* bir hadistir.

Cumhura göre mülk edinme yolu hakkında ise ihtilâf edilmiştir. Hanbelîler der ki: Lukata tanıtmanın tamamlanması ile, mirasta olduğu gibi, mültakitin mülkiyeti altına hükmen girmiş olur. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Sahibi geldiği takdirde (ona ver), değilse onun durumu senin malının durumu gibi olur."* Aynı şekilde Hz. Peygamber: *"Onu harca"* demiştir. Şayet lukatanın mülk edinilmesi temellüküne bağlı olsaydı, Resulullah ona bunun için gerekli olan yolları da açıklardı.

Malikîler şöyle demektedir: Mültakit mülk edinmeye niyet etmekle ona malik olur. Yani mülk edinmek kastını yeniler. Çünkü başkası tarafından satış akdindeki gibi yapılacak icap ortada yoktur.

Şafiîler de şöyle demektedirler: Mültakit eğer konuşan birisi ise, mülk edinmeye delâlet edecek bir lafız ile ve mülk edinmeyi istemek suretiyle malik olur. Meselâ: "Lukata olarak bulduğumu mülk edindim" şeklindeki sözü, mülk edindiğine delâlet eden bir lafızdır. Çünkü o, bu lukatayı bir bedel karşılığı olmak üzere mülk edinmiştir. Bu da mülk edinmenin ihtiyar edilmesine (seçilmesine) ihtiyacı vardır. Şefî'in şuf'a ile mülk edinmesi hâlinde olduğu gibi.

Zahirîler dışında ilim adamları, mültakitin lukatayı yediği takdirde, sahibine tazminat ödemesi gerektiği üzerinde ittifak etmişlerdir. [1]

Hill (harem bölgesinin dışındaki yer) ve harem'in lukatası:

Fakihlerin cumhurunun görüşüne göre lukatanın tarif edilip tanıtılmasına dair zikredilen bu hükümler, lukata Mekke veya diğer şehirlerde olması hâlinde tatbik edilir. Çünkü lukata bir emanettir. Onun hükmü vedîa (emanet) gibi hill ve hareme göre değişmez. Diğer taraftan lukata hakkında varit olmuş hadis-i şerifler, hill ile harem arasında fark gözetmemektedir. Meselâ, Hz. Peygamber'in şu buyruğu buna örnektir: *"Sen onun torbasını ve bağını bir sene süre ile tarif et..."* Diğer hadislerde de durum böyledir.

Mekke'deki lukatanın tarifine dair özel hükmün varit olduğu hadisten maksat, bazı insanların Mekke'de bulunan lukatanın tanıtılmasına ihtiyaç olmadığı vehmine kapılmasını önlemektir. Çünkü onlara göre böyle bir lukata yabancıların bulunduğu Mekke gibi bir yerde faydasız olarak kabul edilebilir. [2]

Şafiîler ise sahih kabul edilen ve açıkça kullandıkları ifadelerinde şöyle demektedir: Harem lukatasının tarifi her zaman için ebediyyen vaciptir. Çünkü harem

---

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr* ed-Derdîr ve *Desûkî Haşiyesi,* IV, 121; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 301; *Muğni'l Muhtâc,* II, 415; *el-Mühezzeb,* I, 430; *el-Muğnî,* V, 636 vd.

2- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 430; *Tebyînü'l-Hakâik,* III, 301; *el-Bedâyi,* VI, 202; *eş-Şerhu'l-Kebîr, ed-Derdîr,* IV, 121; *el-Muğnî,* V, 642.

bölgesinin lukatası mülk edinmek için helâl olmaz; ebediyyen muhafaza etmek için olabilir. Zira Buharî ve Müslim'de şöyle buyurulmuştur: *"Bu bölgeyi Allah haram kılmıştır. Onun lukatasını ilân edecek kimse hariç, kimse alamaz."*

Buharî'nin rivayetinde ise şöyle denilmektedir: *"Haremin lukatası ancak onu ilân edecek kimse için helâl olarak alınabilir."* İmam Şafiî ise şöyle demektedir: Yani onu tanıtacak kimsenin onu alması helâl olur. Peygamber (a.s.) bu lukata ile başkaları arasında fark gözetmiş ve ancak tanıtmak maksadıyla alınmasının helâl olacağını belirtmiş, bu tanıtma için ise bir sene veya başka bir süre ile de vakit tayin etmemiştir. O hâlde bu, tanıtmanın devamlı olacağının delilidir. Aksi takdirde özel olarak bir vakit tahsis etmenin faydası yoktur. Bunda mana şudur: Mekke haremini şanı yüce Allah insanlar için şerefli bir yer kılmıştır. İnsanlar oraya defalarca gider ve kalır. Olur ki, malı kaybeden sahibi onun için geri döner yahut onu arayacak kimseyi gönderir. Bu mekânda diyetin ağırlaştırıldığı gibi, âdeta kişinin malı da muhafaza altında alınmış gibidir.

MEFKUD (KAYBOLMUŞ KİMSE)

1. Manası [1]

Mefkud: İzi belli olmayacak şekilde beldesinden ayrılıp kaybolan ve üzerinden hayatta olup olmadığından şüphelenecek kadar belli bir süre geçen kimsedir.

Mefkudu hayatta mı kabul edeceğiz, ölü mü kabul edeceğiz: Mefkud kendisi açısından hayatta, başkası açısından ölmüş kabul edilir. Hanefîlere göre olumlu haklar müstesna, olumsuz hakları onun lehine sabit olur. Malı miras alınmaz. Hanımı ondan boş olmaz. Bu bakımdan hayatta olan kişi gibidir. Yakın akrabalarından hiç bir kimseye mirasçı olamaz. Bu bakımdan da ölmüş kimse gibidir. Aynı şekilde her hangi bir kimse mefkûda vasiyette bulunur ve vasiyette bulunan ölürse, kendisine vasiyet edilen şeyi hak etmez. Onun miras veya vasiyetteki payı, durumu açıkça ortaya çıkıncaya, hayatta olup olmadığı anlaşılıncaya kadar bırakılır. Şafiîler de hanımının evliliği fesh etme hakkı olmadığı hususunda ve kocasının ölümü kesin olarak anlaşılıncaya kadar bekleyeceği noktasında Hanefîlere muvafakat etmişlerdir. İmam Malik ve İmam Ahmed ise şöyle demektedir: Kaybolmasının üzerinden dört sene geçtiği takdirde hakim mefkud ile karısını birbirinden ayırır ve hanımı kocası ölmüş gibi iddet bekler. Daha sonra da dilediği kimse ile evlenebilir. Çünkü Ömer (r.a.) mefkud hakkında bu şekilde hüküm vermiştir.

2. Mefkudun Malı ve Ailesi Hususunda Hakimin Yetkileri

Mefkudun malı ve ailesi üzerinde hakimin bir takım yetkileri vardır. *Hanefîlere göre:*

1- Hakim mefkudun malını koruyacak, malının durumunu kontrol edip artır-

1- *el-Bedâyi,* VI, 196; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 440; *Tebyînü'l-Hakâik,* III, 310; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* II 360; *eş-Şerhu's-Sağîr,* II, 694 vd.; *el-Mühezzeb,* II, 146; *Keşşâfu'l-Kınâ,* V, 487 vd.

ma yoluna gidecek, ona ait olan hakları tamamıyla tahsil edip alacak bir emin tayin eder. Bu, tıpkı küçüğün ve delinin malı üzerindeki kayyım gibidir.

2- Çabukça bozulup çürüyebilecek mallarını satar ve onun bedelini koruma altına alır. Şayet bir takım emanetleri var ise bunları emanet bıraktığı kimsenin yanında korumak üzere bırakır. Çünkü bu emin, koruma konusunda mefkudun vekilidir.

3- Mefkudun malından, eğer evliliklerinin devam ettiği bilinmekte ise, hanımına masraf yapılır. Aynı şekilde küçük erkek ve kız çocuklarının ayrıca fakir ve kazanma imkânı bulunmayan diğer erkek ve kız çocuklarının da masrafları bu maldan karşılanır.

Şayet malı değil de, bir takım emanetleri varsa, ve bu emanetler yiyecek, elbise, dinar ve dirhem türünden ise onlardan harcama yapar.

Eğer mefkuda ait olan mal dinar, dirhem yahut yiyecek ve elbiseden başka bir şeyse, meselâ bir takım ticaret malları veya akarları bulunuyor ise, hakim bunlardan bu gibi kimselere masraf yapmaz. Çünkü bu gibi mallardan masraf, onlar satılmadıkça mümkün değildir Hakimin ise gaip olan kimse namına akarlarını ve ticaret mallarını satma yetkisi yoktur. Fakat baba kendi masrafı için ticaret mallarını satma hakkına sahiptir. Çünkü babanın, hakimin hilâfına genel olarak oğlunun malında tasarruf hakkı vardır. Baba, hakimin izni olmaksızın gaibin masraflarını karşılamak için akarları satma yetkisine sahip değildir.

3. Mefkufun Ölümüne Hükmedileceği Zaman ve Bunun Sonucu

Doğumundan itibaren eğer mefkudun akranlarının o süreye kadar kesinlikle veya çoğunlukla yaşayamayacağı kadar uzun bir süre geçecek olursa, öldüğüne hüküm verilir ve kendisi ile karısı arasında boşanma gerçekleşir, malı hayatta olan mirasçıları arasında paylaştırılır, fakat kendisi kimseden miras almaz.

Mefkudun hayat süresi için tayin edeceğimiz süre hakkında zahir rivayette sınırlandırılmış bir müddet yoktur. Bu onun akranlarının ölümü ile tayin edilir. el-Hasen b. Ziyad, Ebu Hanîfe'den bu sürenin doğumundan itibaren 120 yıl olarak takdir edileceğini rivayet etmiştir. Ancak daha makul olanı bu sürenin 90 yıl ile takdir edilmesidir.

MÜSABAKA [1] (YARIŞMA)

1. Tarifi ve Meşruiyyeti

Sebk kelimesi *ba* harfinin sükûnu ile *"ileri geçti"* manasına gelen kelimesinden masdardır. *Ba*'nın harekeli olması hâlinde ise, müsabaka edenler arasında konulan mal demektir. Mütekaddim fakihlerin ıstılahına göre kendisi için müsabakaya konulan ödül (el-hatar) manasına da kullanılmıştır.

es-sibâk ise, at, deve ve benzeri hayvanlarla birisiyle yarışmak demektir.

Müsabaka, Sünnet ve icma ile caizdir. Sünnetten delili Peygamber (a.s.)'in, yarış için özel olarak yetiştirilmiş atlar ile bu şekilde terbiye edilmemiş atlar arasında yarışma tertiplemesidir. [2] Müslümanlar yarışmanın caiz olduğu üzerinde de icma etmişlerdir. Müsabaka, yasaklanmış olan üç husustan istisna edilmiştir: Bunların birisi kumar, diğeri etini almak dışında bir maksatla av hayvanını kovalamak, bir diğeri ise bir tek kişinin hem ivazı, hem de yerine ivaz verileni almasıdır. Bu da yarışı kazananın alması şartı ile yarışanların her birisinin belli bir değer ortaya koyması hâlinde söz konusudur. [3]

Müsabaka ivazlı ve ivazsız olmak üzere iki türlüdür: İvazsız müsabaka muayyen her hangi bir şey ile kayıtlamaksızın mutlak olarak caizdir. Koşarak veya, gemilerle, kuşlarla, katırlarla, eşeklerle, fillerle yarışmak gibi. Aynı şekilde daha güçlü olanın ortaya çıkması için güreşmek ve taş gibi ağırlıklar kaldırmak da caizdir. Bunun delili ise Aişe (r.anhâ)'nin şu sözleridir: *"Resulullah (a.s.) benimle yarıştı, ben onu yarışta geçtim. Bir süre böylece kaldık, nihayet ben biraz şişmanlayınca*

1- *Sebk* kelimesi *ba* harfinin sükûnu ile müsabaka manasınadır. *Ba* harfinin fethası ile ise müsabakada tayin edilmiş olan ivaz (bedel) veya mükafat (ödül) manasına gelmektedir.

2- Buharî ve Müslim, İbn Ömer'den rivayet etmişlerdir. *Sübülü's-Selâm*, IV, 70; *el-İlman*, 358.

3- *ed-Desûkî*, II, 209.

benimle tekrar yarıştı, bu sefer beni geride bıraktı. Bunun üzerine: "Bunu ötekinin yerine say" buyurdu." [1] *"Seleme b. el-Ekvâ' Ensar'dan bir kişi ile Peygamber (a.s.)'in huzurunda yarıştı, seleme onu geçti."* [2] *"Peygamber (a.s.)'de Rukâne ile güreşmiş ve onun sırtını yere getirmiştir."* [3] *"Resulullah (a.s.) hangilerinin daha güçlü olduğunun ortaya çıkması için bir taş kaldıran grubun yanından geçmiş onların bu durumu tepki ile karşılamamıştır."* İşte diğer müsabaka türleri de sözü geçen bu müsabakalara kıyas edilir.

İvaz mukabilinde yapılan musabakaya gelince: Hanefîlere göre dört şeyin dışında böyle bir müsabaka caiz değildir: Nasl (demir ucu bulunan ok veya mızrak), hâfir (at, eşek ve katır), huf (deve, inek ve benzeri) ile ayak (yürümek veya koşmak). Çünkü ilk üç şekil öğrenilmesi emredilmiş savaş araçlarıdır. Çünkü yüce Allah şöyle buyurmuştur: *"Onlara gücünüz yettiğince kuvvet hazırlayınız."* (Enfâl, 60) Peygamber (a.s.) de ayet-i kerimede geçen "kuvvet"i atış yapmak ile tefsir etmiştir. [4], ayrıca Peygamber Efendimiz şöyle buyurmuştur: *"Üç şey lehiv değildir: Adamın atını eğitmesi, hanımı ile oynaşması, ok ve yayı ile atış yapması. Bunlar hak cümlesindendir."* [5]

Ayaklar ile (yürüyerek ve koşarak) yarış yapmanın ve güreşmenin delili ise, sözünü ettiğimiz Peygamber (a.s.)'in Hz. Aişe ile yarışması ve Rükâne ile güreşmiş olmasıdır. Diğer taraftan yürümek ve güreşmek, cihatta düşmanı vurmanın, düşmana hücum edip gerektiğinde kaçmanın gereklerindendir.

Hanefîlerin dışında kalan cumhur şöyle demiştir: Ok, mızrak, deve, inek, at, eşek ve katır dışında yani silâh taşımak ve binicilik gibi eğitimlerin dışında kalan hususlarda, ivazlı yarışmak caiz değildir. Çünkü Resulullah (a.s.): *"Huf, hâfir veya nasl'ın dışında müsabaka yoktur.* (Bu kelimelerin izahı iki paragraf önce geçti)" [6] diye buyurmuştur. Yarışı kazanacak olana verilecek olan ve *sebak* diye bilinen şey üzerine yarışmak, dolayısıyla bu sözü geçen yarışlar savaş araçları ile yapıldığından dolayı savaşta faydası olan her bir şey üzerinde yarışmak caiz olur.

1- Ahmed, Ebu Dâvud, Neseî, İbn Mace, Şafiî, Beyhakî, Urve'den, o babasından, o da Hz. Aişe'den rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* VIII, 91 vd.

2- Müslim ve Ahmed, Muhammed b. el-Ekvâ'dan rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr,* aynı yer.

3- Ebu Dâvud, Muhammed b. Ali b. Rukâne'den rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* aynı yer.

4- Hadisi Müslim ve Ahmed, Ukbe b. Âmir'den rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr,* VIII, 85; *Sübülü's-Selâm,* IV, 71.

5- Bu hadisi Ebu Dâvud ve Tirmizî, Ukbe b. Âmir'den rivayet etmiştir. *Tahrîcu Ehâdîsi Tuhfeti'l-Fukahâ,* Dr. Vehbe ez-Zuhaylî, Prof el-Kettânî, III, 500.

6- Ebu Dâvud ve Tirmizî rivayet etmiş olup Neseî *hasen* olduğunu söylemiştir. Ayrıca Şafiî, Hakim ve İbn Mace, Ahmed rivayet etmiştir. İbn Hibban ile İbnü'l-Hattân *sahih* olduğunu belirtmiştir. İbn Dakîk de *sahih* olduğunu belirtmiştir; hadîs Ebu Hureyre (r.a.)'den rivayet edilmiştir. *Tahrîcu Ehâdîsi Tuhfeti'l-Fukahâ,* aynı yer; *Neylü'l-Evtâr,* VIII, 77; *Sübülü's-Selâm,* IV, 71; *Mecmau'z Zevâid,* V, 263.

Yürüyerek, koşarak ve güreşerek müsabaka yapmak ise, bir ivaz karşılığında caiz olmazlar. Çünkü bunların savaşta bir faydası yoktur. Resulullah (a.s.)'ın Rükâne ile güreşmesi ise Ebu Dâvud'un *Merâsîl*'inde rivayet ettiği gibi bir takım koyunlarla yapılmıştı, ya da onunla güreşmekten maksadı, İslâm'a girmesi için ona gücünü göstermesi idi ve gerçekten o, bu olaydan sonra İslâm'a girmişti. (1)

Şayet müsabaka ivazsız olarak yapılmışsa atlar ve diğer hayvanlarla, gemilerle ve bir haberi çabuk ulaştırmak için kuşlarla yapılması mutlak olarak caiz olur. Bu tür bir müsabaka yürüyerek ve koşarak da yapılabildiği gibi, taş atmak ve güreşmekle de yapılabilir.

2. Müsabakanın Caiz Olmasının Şartları

Bir ivaz (bedel) karşılığında müsabakanın ve atıcılığın caiz olması için bir takım şartların bulunması gerekir. En önemlileri şunlardır:

1- Bu müsabakanın savaşta faydalı olacak konularda olması gerekir. Bunlar ise Hanefîlere göre ok, mızrak, at, merkep, katır, deve ve ayaklar üzerinde olur. Cumhura göre ise ayakların dışında diğerlerinde yapılır.

2- İvazın yarışa giren iki kişiden birisi tarafından veya üçüncü bir kişi tarafından konulması icap eder. Birisinin ötekine: "Beni geçecek olursan sana şu kadar veriyorum, ben seni geçecek olursam senin bana bir şey vermen gerekmez" demesi yahut veliyyü'l-emr veya üçüncü bir kişinin: "Sizden her kim yarışı kazanırsa ona beytülmalden veya benim tarafımdan şu kadar verilecektir" demesi gibi. Çünkü bu gibi durumlarda haram kılınan bir kumar söz konusu değildir. Ortada olan durumda, sadece ivazın mükâfat veya savaş tekniklerini güzel bir şekilde başarmak için hazırlanmaya teşvik söz konusudur.

Şayet ivaz, her ikisi tarafından konulmuş ise -buna *er-rihân* denilir- bu rihân ancak bir muhallil (2) ile sahih olur. Meselâ, her birisi onar lira koymak üzere ittifak etseler (3) yahut birisi on, öteki sekiz lira koysa ve bunu da atı yahut da devesi kendilerinin atlarına veya develerine denk olan bir kişiye verseler, bu üçüncü kişi her ikisini de geçtiği takdirde bu miktarı alır. Onlardan her hangi birisi yarışı kazanacak olursa, bu üçüncü kişi bir şey kaybetmez ve onlardan da kimse bir şey almaz (böyle bir şekil caizdir). Bunun delili ise Peygamber (a.s.)'in şu buyruğudur: *"Her kim iki atın arasına bir at soksa ve geçileceğinden emin değil ise, bu kumar değildir. Her*

1- *el-Bedâyi*, VI, 206; *el-Mühezzeb*, I, 412 vd.; *Muğnî'l-Muhtâc*, IV, 311 vd; *el-Muğnî*, VIII, 651 ve IX, 172; *eş-Şerhü'l-Kebîr*, II, 209; *Şerhu'r-Risâle*, II, 417.

2- *Muhallil:* Akdi halleden (çözen) olduğundan bu adı alır. Çünkü o, bu müsabakayı haram olan kumar şeklinden çıkartır. Onun yarışan taraflar arasına girmesiyle, ortaya konulan cu'l (ikramiye) helâl olur.

3- İşte tayin edilen bu meblağa *sebak, hatar, nedb, kar'* veya *rehn* adlarından birisi verilir.

kim iki at arasına bir at soksa ve kendisinin geçeceğinden emin ise bu kumardır."[1] Yani muhallilin atının ivaz koyan iki kişinin atına denk olması şarttır. Şayet onlardan daha güçsüz veya daha güçlü olursa sahih olmaz. Çünkü hadisten açıkça anlaşıldığına göre eğer üçüncüsü yarışı kazanacağından emin ise kumar muhakkak olur. Şayet kendisi geçeceğinden emin değil ise o takdirde kumar olmaz.

Eğer muhallil olmaksızın her iki taraf ivaz (bedel) koyacak olursa yarışma haram olur. Meselâ iki kişi: "Bizden kim yarışı kazanırsa ötekinden şu kadar alacak" derse hüküm böyledir. Çünkü böylesi haram kılınmış kumar türündendir.

Buna göre yarışma şekilleri dört türlüdür. Bunların üçü helâl, sadece bir tanesi haramdır. Helâl olan şekiller:

a) İvazın sultan (devletin yetkili yönetim organı) yahut başkanlardan birisi veya üçüncü bir şahıs tarafından konulması ve yarışı kazananın bunu alması. Bu şekil ittifakla caizdir.

b) Taraflardan birisinin ivaz (bedel) koyması ve ötekinin onu geçmesi hâlinde bu ivazı alması. Bu da ittifakla caizdir.

c) Yarışa katılanların ikisinin veya topluluğun ivaz koyması ve beraberlerinde geçmesi hâlinde ivazı alacak bir muhallilin bulunması; başkası tarafından geçilmesi hâlinde muhallilin bir şey ödememesi. Çünkü ivaz koyanların maksadı kumar değildir. Onların maksadı cihat için güçlenmek, kuvvet kazanmaktır. Bu da cumhura göre caizdir. İmam Malik ise bunu yasaklamıştır. Çünkü ortada konulan mükâfaatın, yarışı geçmesi hâlinde onu ortaya koyan kimseye dönmesi mümkündür.

d) İttifakla haram kabul edilen şekil ise şudur: Her bir tarafın ivaz (bedel) koyması ve yarışı kazananın o ivazları alması. Yarışı kaybetmesi hâlinde ise onun mislini karşı tarafa ödemek durumunda olması şeklidir.

3- Birinin ötekini geçme ihtimâlinin bulunmasıdır. Şayet çoğunlukla onun başkasını yendiği biliniyor ise caiz olmaz. Çünkü bu şekilde cihada teşvik manası gerçekleşmemektedir. Bu durumda her hangi bir menfaatin söz konusu olmadığı bir şart ile başkasına mal ödemeyi kabul etmek demek olan *rihan* söz konusu olur.

4- Şafiîlerin tespit ettiği gibi şart koşulan malın ve başlangıç ve bitiş noktası ile, meselâ yarışacak iki atın tayin edilmesi [2]

Bundan açıkça anlaşılmaktadır ki, halihazırda üçüncü bir kimse tarafından değil de yarışanlarca ortaya konulan bedeller üzerinde yapılan yarışmalar haramdır, çünkü bunlar kumardır.

1- Hadisi Ebu Ahmed ve İbn Mace Ebu Hureyre'den rivayet etmiştir, senedi *zayıf*tır. Hadis imamlarının bu hadisin Ebu Hureyre'ye *sahih* bir senetle ulaşması konusunda uzun uzadıya söyledikleri sözler vardır. *Neylü'l-Evtâr,* VIII, 80; *Sübülü's-Selâm,* IV, 71; *el-İlmân,* 360.

2- *el-Bedâyi'* aynı yer; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 313 vd.; *el-Mühezzeb,* I, 415 vd; *el-Muğnî,* VIII, 654 vd. *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 157; *eş-Şerhü'l-Kebîr ma'a'd-Desûkî,* II, 208-211.

ŞUF'A

1. Tarifi

Şuf'a, sözlükte eklemek yahut artış veya pekiştirmek anlamına gelen şef dan alınmıştır. Bir şey eklenildiği takdirde: şefe'at denir. Çünkü şefî', bu hak ile mülkiyetine geçirdiği şeyi payına yahut da mülküne ekleyerek ona ilâve eder, onun vasıtası ile daha bir güçlenir. Halbuki daha önce şefî' sadece kendi mühlkiyetinde idi. Şuf'a ile o satılanı da mülküne ilâve etmiş olur ve böylece tek manasına gelen *vitr*'in zıddı (çift anlamına gelen) *şef'* olmuş olur.

Fıkhî bir ıstılah olarak ise şuf'a; satılan akarı müşteriden cebren mülk edinme hakkıdır ki bunu da müşterinin vermiş olduğu değer ve yaptığı masraflar mukabilinde kullanır. Bu mülk edinme hakkını ise, yeni giren ortağın yahut da komşuluğun zararını önlemek için yapar. Bu Hanefilere göre böyledir. [1] Çünkü şuf'a onlara göre ortak ve komşunun lehine sabit olur.

Hanefîlerin dışında kalan cumhur ise, şuf'ayı şöyle tarif etmektedirler: *Şuf'a* ortağın, öteki ortağının ivaz (bedel) mukabilinde verdiği akarı, değerini yahut kıymetini vererek almak için hak kazanması ve bunu belli sigası ile yapması demektir. Diğer bir ifade ile şuf'a, eski ortağın lehine yeni ortağa karşı ivaz ile malik olduğu şeyler hususunda sabit olan mecburî mülk edinme hakkıdır. [2] Çünkü şuf'a cumhura göre sadece ortağın bir hakkı olup komşunun öyle bir hakkı yoktur.

Dikkat edilecek olursa dört mezhep de şuf'ayı akara hasretmiştir. Zahirî mezhebi ise hayvan ve ona benzer menkullerde de şuf'ayı caiz kabul etmişlerdir. [3]

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 152; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 406; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 239; *el Lübâb,* II, 106.

2- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 630; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 473; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 296; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV 196; *el-Muğnî,* V, 284.

3- *el-Muhallâ,* IX, 101, *Mesele:* 1594.

2. Delili ve Meşruluğunun Hikmeti

Şuf'anın meşruğuluna delil, Sünnet ve icmadır:

Sünnetten delil pek çok hadis-i şeriftir. Bunlardan birisi Hz. Cabir (r.a.)'in rivayet ettiği şu hadis-i şerif'dir: *"Resulullah (s.a.) paylaştırılmamış şeylerde şuf'a yapılacağı hükmünü vermiştir. Şayet sınırlar tespit edilir, yolların nereden geçeceği ortaya çıkartılırsa şuf'a olmaz."* (1) Bir diğer rivayette de şöyle denilmektedir *"Şuf'a arazide yahut evde veya bahçede olur."* (2)

Hz. Cabir'in rivayet ettiği bir başka hadis-i şerif de Sünnetten şuf'anın delilleri arasındadır: *"Komşu komşusunun şuf'asına daha bir hak sahibidir. Eğer hazır değil ise onun için -yolları bir olduğu takdirde- beklenilir."* (3). Ebu Râfi'in şu hadis de bu deliller arasındadır: *"Komşu kendisine yakın olan evde daha bir hak sahibidir."* (4)

İcmadan deliline gelince: İbnü'l-Munzir der ki: İlim adamları satılan arazi, ev, bahçe gibi paylaştırılmayan şeylerde ortak olan kimsenin lehine şuf'a hakkının kabul edilmesi üzerinde icma etmişlerdir... Buna el-Asam dışında muhalefet eden kimsenin olduğunu da bilmiyoruz. O: "Şuf'a hakkı yoktur" der. Çünkü bu hakta mülk sahiplerine bir zarar vardır. Müşterinin satın alması hâlinde kendisinden alınacağı bildiği takdirde onu satın almaz ve böylece ortak da satmak imkânını bulamayacağından malik zarar görmüş olur. Yani şuf'a tasarrufta akid yapanın hürriyeti ilkesi ile çatışmaktadır. Ancak ona şöyle cevap verilmiştir: Onun bu sözleri konu hakkında sabit olan haberlere ve ondan önce yapılmış icmaya aykırı olduğundan dolayı bir şey ifade etmez. (5)

Hikmeti:

Bir yere sürekli kalmak için gelen yabancının zararını önlemektir. Çünkü bu kötü geçim ve ilişkilere sebep teşkil edebilir. Ortak altyapıların kullanılması veya yapılması, duvarın yükseltilmesi, ateş yakılması, gündüz ışığının engellemesi, toz çıkartması, hayvanları durdurması, çocukların oynaması ve buna benzer zararlar önlenilmiş olur. Özellikle bu yeni gelecek ortak, eğer bir hasım veya yaramaz bir kimse ise, şuf'a ile bu gibi zararların önüne geçilmesi sağlanır.

Şuf'anın hikmeti, paylaştırmanın külfetinin ortaya çıkartacağı zararları sav-

---

1- Bu hadisi şerifi Ahmed, Buharî, Ebu Dâvud ve İbni Mace rivayet etmiştir. *sahih* bir hadisi şeriftir.

2- Bu hadisi Ahmed ve Neseî müstesna, Sünen sahipleri rivayet etmişlerdir.

3- Bu hadisi Ahmed Ebu Dâvud ve Tirmizî rivayet etmiştir. Tirmizî *sahih* olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Beyhakî, Taberanî ve ed-Diyâ da rivayet etmiştir. Bununla birlikte isnadı tenkit edilmiştir ve isnadında *ızdırab* vardır.

4- Hadisi Buharî rivayet etmiştir, (Hadisler için bk. *Nasbu'r-Raye,* IV, 172-175; *Neylü'l-Evtâr,* V 331-336)

5- *el-Muğnî,* V, 284.

mak olabilir. Nitekim Şafiîler, Hanbelîler ve Malikîler böyle söylemiştir.

Sözü geçen bütün bu hususlar zararın bir ifadesidir. İslâm'da kabul edilen ilke ise: *"Zarar da yoktur, zarara karşılık zarar vermek de yoktur"* şeklindedir. Güzel bir şekilde geçinmek, komşunun veya ortağın maslahatına riayeti gerektirir. Maslahata riayet ise, yine Şer'an istenen bir durumdur. [1]

Bu gibi hususlar ortaklık, yahut menfaatlerin birlikte olması sebebiyle insanlar arasında beklenebildiği gibi, aynı şekilde Hanefîlerin görüşüne göre komşuluk sebebiyle de beklenebilecek türdendir.

3. Şuf'anın Rüknü, Unsurları, Sebebi (Alım Sebebi)

Hanefîlere göre: [2] Şuf'anın rüknü şefî'in sebep ve şartının varlığı hâlinde akid taraflarından birisinden almasıdır. Kendisi sebebiyle şüf'anın istendiği akara *"el-Meşfû'u bihi"* adı verilir. Şuf'a ile mülkiyete geçen akara da *"el-Meşfû'u aleyh"* denir. Şuf'a talebinde bulunan kimseye ise *"eş-şefî"* denilir.

Şuf'anın Sebebi: Şefî'in mülkünün ortaklık veya komşuluk sebebiyle müşterininkiyle bitişik olmasıdır.

Şartı ise: Satılan yerin ister alt, ister üst olsun bir akar olmasıdır.

Malikîlere göre: [3] Şuf'anın dört tane rüknü vardır.

Birincisi satın alandır ki *şafi* denilir. Kendisinden satın alınan ki ***meşfû'un*** *aleyh* denilir ve bir de ***meşfû'unfîh*** ile ***siga*** bulunur. Siga'dan maksat ise, satın almaya delil olan lafız veya başka şeydir.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [4] Şuf'anın rükünleri üçtür: Alan, kendisinder alınan kimse ve alınan şey. Siga ise temlikte icap eder. Bu bakımdan şefî tarafından: "Mülk edindim veya şuf'a ile aldım" gibi bir lafızın söylenmesi şarttır.

4. Hükmü ve Niteliği

Şuf'a ile satın almak, yeni bir satın almak derecesindedir. *Hanefîler şöyle demektedir:* [5] Şuf'anın hükmü, sebebin gerçekleşmesi hakkında talebin caiz olmasıdır. Velev ki bir kaç sene sonra olsun. Yani bu durumu bilmiyor ise daha sonra olabilir, demektir. Şuf'anın niteliği şudur: Şuf'a sebebiyle satın almak, yeni bir satın alma derecesindedir. Şefî'a satıştan sonra ona hak kazanır. 'Şuf'a yolu ile satın almak ile ne sabit oluyorsa, onlar da sabit olur. *Hıyar-ı ru'yet* ve *hıyar-ı ayn* sebebiyle geri

---

1- *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 239; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 296; *İ'lâmu'l-Muvakki'in,* II, 120; *el-Muğnî,* V 284; *Hâşiyetü'd-Desûkî,* III, 476.
2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 152 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 239.
3- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 630 vd.; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 253.
4- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 296, 300; *el-Muğnî,* V, 297; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 158.
5- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 153 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 239.

vermek gibi.

5. Şuf'a Mahalli (Meşfû'un Fîhi veya Hakkında Şuf'anın Vacip Olduğu ve Olmadığı Şeyler)

Müslümanlar ev, arazi, bostan, kuyu, bunlara bağlı olan yapı ve ağaç türünden olan akarlarda şuf'a hakkının bulunduğu konusunda ittifak etmiş, bunların dışındaki şeylerde şuf'anın olup olmadığı hususunda da ihtilâf etmişlerdir.

Dört mezhep hayvan, elbise, ticarî mallar gibi menkullerde şuf'a olmadığını açıkça ifade etmişlerdir. Çünkü daha önce görmüş olduğumuz: *"Resulullah (a.s.) arazi yahut ev veya bahçe... hakkında şuf'a ile hükmetmiştir..."* hadisi bunu ifade etmektedir. Bu hadisin Müslim, Neseî ve Ebu Dâvud'daki rivayeti şöyledir: *"Peygamber (a.s.) pay edilmeyen ortaklaşa bulunan ev yahut bahçe... hakkında şuf'a ile hüküm vermiştir..."* Diğer taraftan şuf'a hem ittifak sureti ile yapılan şirketler, hem de -Hanefîlere göre- komşuluk sebebi ile sözkonusu olan zararın ortadan kaldırılması için meşru kılınmıştır. Çünkü bu gibi şeylerde süreklilik ve devamlılık vardır. Menkul ise akarın hilâfına devamlı değildir. Dolayısıyla menkul hakkında ortaklığın zararı sürekli devam etmez. Ayrıca şuf'a, mecburen mülk edinmektir. O bakımdan şuf'a önceden de açıklamış olduğumuz gibi "Hanefîlerin dışında kalanlara göre- ortağın öbür ortağından intikal eden hissesini, hissenin intikal ettiği kimsenin elinden cebren alma hakkını kazanmasıdır." O bakımdan şuf'anın, zararın oldukça ileri olması hâlinde söz konusu olması ve tasarruf ve satış hürriyetinin mutlak olması da uygun düşmektedir. (1)

Üst ve alt:

Hanefîler, akar hükmünde bulunan ve yolu aşağıdan geçmese dahi üst yapıları ve benzerlerini de akara dahil etmişlerdir. Çünkü üstte kalma hakkına sahip olduğundan dolayı üst de akara iltihak etmiştir. Buna göre akarın üst veya altta olması arasında fark yoktur. (2) Makul olanı da budur.

Sahih görüşlerinde Şafiîler ve Hanbelîler üst katlarda şufa'yı caiz kabul etmezler. Çünkü yapı, burada alt yapının çatısı üzerindedir. Üst yapının alt arazisi durumunda olan altın çatısının ise, kalıcılığı yoktur; o bakımdan bu da menkuller gibi olur. (3)

Hanefîlere göre akarın paylaştırılabilir olması ile olmaması arasında fark yoktur. Küçük ev, hamam, değirmen ve kuyu gibi. Çünkü onlara göre şuf'anın illeti, or-

---

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 153; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 435; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 239; *el Bedayi,* V, 12; *el-Lübâb,* II, 109; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 254; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 482; *eş Şerhu's-Sağîr,* III, 634; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 296; *el-Mühezzeb,* I, 377; *el-Muğnî,* V, 28[illegible] *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 153-155.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve el-Lübâb,* aynı yerler; *Tekmiletü'l-Fethi'l-Kadir,* VII, 435.

3- *Muğni'l-Muhtâc,* II, 297; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 155.

taklığın veya mutlak olarak komşuluğun zararını defetmektir. Bu da paylaştırılması mümkün olmayan şeylerde de tahakkuk eder.

Hanefîlerin cumhuru, Malikîlerin meşhur görüşü, Hanbelîlerin zahir görüşü ile Şafiîlerdeki esah olan görüşe göre, akarın paylaştırılabilir olması şart kabul edilmiştir. Bunun için de daha önce gördüğümüz Hz. Cabir'in rivayet ettiği hadis-i şerifteki hitabı delil olarak gösterirler: *"Şuf'a, paylaştırılmayan şeylerdedir..."* Yani sanki "şuf'a paylaştırılmadığı sürece paylaştırılması mümkün olan şeyler hakkındadır" denmiş gibidir. Ve İslâm aleminin değişik bölgelerinin fakihlerinin bu konuda icması vardır. Bununla birlikte bu konuda bu hadis-i şerifi delil göstermenin sağlıklı olup olmaması hususunda farklı görüşleri vardır. Çünkü onlara göre şuf'anın meşruluğunun illeti, paylaştırmanın zararının bertaraf edilmesidir. Paylıştanlmayan şeyde ise paylaştırma kolaylıkla mümkün olmaz; o bakımdan bunda şuf'aya ihtiyaç yoktur, şuf'a olmadığı için de ortağın bir zarar görmesi söz konusu değildir.[1]

İrtifak hakları:

Hanefîlere göre: [2] Şuf'a özel olan şirb (arazi sahibinin nöbeti geldiğinde sulama hakkı [3] ve yol gibi akar haklarında sabit olur. Eğer bunlar özel değil ise bunlarda şuf'a hakkı söz konusu değildir. Özel yol (tarik-i has) yolun başka bir yola açılmaması (çıkmaz olması) demektir. Eğer ana yola açılıyor ise özel değildir.

Şayet bir grup arasında ortak olan küçük bir akarsuyun şirbi bulunuyor ve bununla arazileri sulanıyorsa, bu arazi sahiplerinden birisinin arazisi satılacak olursa, o özel akarsudan şirb hakkı olanların hepsinin şuf'a hakları vardır. Eğer akarsu umumi ise bu hakta şuf'a sadece bitişik komşuya ait olur. Özel yolun durumu da böyledir. O yol sahiplerinin hepsi şuf'a hakkına sahiptir.

Malikîlere göre: [4] Böyle bir yolda (yani aşılarak evin avlusuna ulaşılan yolda) evlerden kendilerine tabi olan şeyler iki ortak veya ortaklar arasında pay edildiği ve yine geçiş hakkı aralarında ortak kaldığı takdirde yolda şuf'a yoktur. Çünkü bu yol kendisinde şuf'a olmayan şeye tabidir ki, bunlar da paylaştırılan evlerdir. O bakımdan böyle bir yolda da şuf'a olmaz.

Aynı şekilde arsada (evin çeşitli bölümleri arasındaki boş alandır ve genelde avlu diye bilinir) da ona tabi olan yol gibi şeylerin paylaştırılması hâlinde de şuf'a yoktur.

Şafiîlere göre: [5] Ana yola açılan kullanılır yolda satılan evin geçişi hakkında

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 255; *Hâşiyetü'd-Desûkî,* III, 476; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 634 vd.; *Muğni' Muhtâc,* II, 297; *el-Mühezzeb,* I, 3747; *el-Muğnî,* V, 289.

2- *Tebyinü'l-Hakâik,* V, 239 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 154; *el-Lübâb,* II, 106.

3- *Şirb:* Hayvan ve ekini sulamada sudan faydalanma sırasıdır. (*Mecelle,* madde 1262)

4- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 482; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 640; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 255.

5- *Nihâyetü'l-Muhtâc,* IV, 145; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 298.

kesinlikle şuf'a söz konusu değildir. Çünkü bu geçiş mülkiyet altında değildir. Kullanılır olmayan yola gelince, sahih olan görüşe göre bu geçişte kendisine düşen değer ile şuf'a hakkının sabit olmasıdır. Eğer bu geçiş ortak olunan özel geçişin satın alıcısının evine ulaşan bir başka yolu varsa veya masrafsız ve ona herhangi bir zarar gelmeksizin bir başka yoldan evine ulaşması mümkün ise -meselâ, umumi bir yola bir kapı açmak suretiyle bu sağlanabiliyorsa- bu geçiş hakkına düşen bedel mukabilinde şuf'a sabit olmaz. Çünkü bu durumda müşterinin zarar görmesi söz konusudur. Şuf'a ise zararı ortadan kaldırmak için meşru kılınmıştır. Bir zarar başka bir zararla izale olunmaz.

Hanbelîlere göre: [1] Şafiîler gibi şöyle derler. Bir ev satılsa ve onun bir ana yolda veya kullanılır bir ara yolda yolu varsa, o ev hakkında da o yolda da şuf'a yoktur. Çünkü böyle bir şuf'a hakkını kabul etmek müşteriye zarar verir ve o takdirde eve gidecek yol kalmaz.

Şayet evin kullanılabilecek bir başka kapısı varsa veya kullanılır bir yola kapı açacak yeri varsa, bu durumda ev ile birlikte satılan yol üzerinde durulur:

Şayet paylaştırılmasına imkân olmayan bir geçiş ise bunda şuf'a söz konusu olmaz.

Eğer paylaştırılması mümkün ise, o takdirde onun hakkında şuf'a vacip olur. Çünkü bu, paylaştırılması mümkün müşterek bir arazidir. Dolayısıyla yolun dışındakilerde olduğu gibi, bunda da şuf'a icap eder.

Gemilerde şuf'a:

Mezhep alimlerine göre gemilerde şuf'a hakkı sabit değildir. [2] Çünkü gemiler de taşınabilir ticaret malları gibidir. Şuf'a ise sürekli kalan ve zararı da devam eden arazi hakkında meşru kılınmıştır.

Kâsânî [3] nin İmam Malik'ten nakline göre, İmam Mâlik gemilerde şuf'a olduğu görüşündedir. Çünkü gemi de iki tür meskenden birisidir. O bakımdan onun hakkında başka meskenlerde yani akarlarda icap ettiği gibi, gemilerde de şuf'a icap eder. Ancak İbn Abdüsselâm'ın da tahkik ettiği gibi bu rivayet Malik'ten sahih olarak gelmiş değildir. Böylelikle dört mezhebin de gemilerde şuf'a olmadığı konusunda ittifak ettikleri anlaşılmış olmaktadır.

1- *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 154; *el-Muğnî,* V, 290.

2- *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb,* II, 109; *el-Mühezzeb,* I, 376; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 296; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV 155.

3- *el-Bedâyi,* V, 12. Bakabildiğim Malikî mezhebine dair kitaplarda onların gemide şuf'a ile alâkalı bir açıklamalarını görmedim. Onlar şuf'ayı sadece akarda kabul ederler. Malikî mezhebinden olan İbni Abdis-Selâm şöyle demektedir: "Bazı Hanefî alimlerinin gemi hakkında naklettikleri sahih değildir." (el-Kayravânî, *er-Risâle,* et-Tennûhî şerhi, II, 193)

Ekin, meyve ve ağaçlarda şuf'a:

Cumhura göre: [1] Bina gibi akar olmayan şeylerde, araziden ayrı olan ağaç larda şuf'a yoktur. Eğer ağaç satışta araziye tabi ise onlarda da şuf'a vacip olur.[2]

Şafiîlerde daha sahih görülen görüşe göre, araziye tabi olan şeyler arasına henüz aşılanmamış ağaçların meyveleri de dahildir. Çünkü bunlar da satışta asla tabidirler. Bina ve dikilmiş ağaçlara kıyasen bunlar da satın almaya tabi kabul edilir.

Hanbelîler ise sadece dikilmiş ağaçlar ile yapıları araziye tabi kabul etmekle yetinmişlerdir. Çünkü bu ikisi araziye tabi olarak alınır. O hâlde araziye tabi olarak bunlarda şuf'a söz konusudur. Ancak ekini ve meyveyi araziye tabi kabul etmezler. Çünkü şuf'anın vacip olmasının şartları arasında, onun satılanın arazi olması da vardır. Zira devamlı olarak kalan ve zararı sürekli olarak söz konusu olan arazidir.

Malikîlere göre: [3], Araziden ayrı olarak satılması hâlinde binalarda ve ağaçlarda da şuf'anın caiz olduğunu kabul etmişlerdir. Çünkü onlara göre bunların her birisi bir akardır. Akar ise arazi veya ona bitişik olan bina ve ağaç gibi şeylerdir. Buna göre hayvan yahut ticarî mallarda araziye tabi olarak satılması durumu müstesna, şuf'a söz konusu değildir.

Bunun misali: Vakfedilmiş, yahut da âriyet (ödünç) olarak alınmış arazideki ağaç veya binalardır. Şayet maslahat, vakfedilmiş arazinin senelerce icareye verilmesini gerektirmiş, sonra da müstecir o arazide arazinin vakıf nazırının izni ile bina yapmış, yahut ağaç dikmiş ve buna karşılık da bunların kendisinin olmasını şart koşmuş ise ve eğer müstecir birden fazla olur, biri de kendisine ait olan bu bina veya ağaçları satacak olursa, ötekinin şuf'a hakkı vardır.

Yine Malikîler [4] meyvelerde, acur, kavun, karpuz, salatalık, patlıcan, taze bakla ve buna benzer mahsulü toplanan ve belli bir süre kökü arazide kalan sebzelerde de şuf'ayı caiz kabul ederler. Ortaklardan her hangi birisi bunlardaki payını satacak olursa -kökünden ayrı olsa dahi- diğerinin bunu şuf'a ile alma hakkı vardır.

Ayrı olarak şuf'a yoluyla satın alınan meyve ve mahsulde ise satın alınması

1- *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 435; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 296 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 155.

2- *Mecelle,* 1019'uncu maddede şöyle denilmektedir: "Ağaçlarda ve vakıf binalarında şuf'a cereyan etmez."

3- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 479 vd.; *eş-Şerhu'l-Sağîr,* III, 634, 638-639 *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 254 vd. *el-Kavânînü'l-Fıkhiyye,* 286; *Şerhu'l-Risâle,* II, 192.

4- İmam Malik, meyve hakkında şuf'aya dair şöyle demektedir: "Bu konuda benden önce ilim ehlinden her hangi bir kimsenin bir şey söylediğini bilmiyorum. Şu kadar var ki ben onu müstahsen görüyorum." (el-Kayravânî, *er-Risâle,* Tennûhi şerhi, II, 192)

hâlinde var olmasını ve -eğer aşılanan türden ise- aşılanmış olmasını şart koşmuşlardır.

Malikîler buğday, keten, yonca gibi ekinler ile turp, havuç, soğan, mısır, patates, semizotu gibi kökü cekilip alınan sebzelerde şuf'ayı caiz görmezler. Şayet ekin veya bu tür sebzeler arazileri ile birlikte satılacak olursa bunlarda şuf'a yoktur. Şuf'a sadece arazide onun yerini tutan semen mukabilinde söz konusudur.

Zahirîler ise şefî' lehine şuf'a hakkını vacip görmekte, diğer mezheplerden işi daha geniş tutarak akar olsun taşınır olsun, her türlü taşınır şeyde de şuf'ayı caiz kabul ederler. Bu satılan menkulün akara bitişik olması ile olmaması arasında fark gözetmedikleri gibi, satılan şeyin paylaştırılır türden olması ile paylaştırılmayan türden olması arasında fark gözetmezler. Arazi, bir tek ağaç veya daha fazlası, elbise, kılıç, yiyecek, hayvan yahut satılan her ne olursa olsun fark görmezler. Bunlardan bir kısmına sahip olan bir kimsenin o şeyde ortağı olan kimseye veya kimselere teklif etmeden satması helâl değildir. [1]

6. Şefî'

Şuf'a yoluyla satın alma hakkına sahip olan kişi ile ilgili olarak fakihlerin iki görüşü vardır. Hanefîlerin görüşü, "şefî' ortak veya komşudur", şeklindedir. Cumhurun görüşü ise "şefî' sadece ortaktır," şeklindedir.

Hanefîlere göre: [2] Şuf'a, satılan şeyin kendisinde yahut da özel irtifak haklardan her hangi birisinde sabit olur. Suyun kullanım payı demek olan *şirb* ile, yolun özel olmaları hâlinde olduğu gibi. Bu şuf'a aynı şekilde satılan şeye bitişik olan komşu hakkında da sabittir. İsterse evinin kapısı bir başka yola açılsın, bu hak yine söz konusudur. Bir karış kadar dahi olsa, sadece bir yönden bitişik olan komşu, üç yönden bitişik olan komşu gibidir. Bir duvara bir ağaç kütüğü yerleştirmiş olan ve duvar üzerine konulmuş bulunan bir kerestede ortak olan kimse, ortak değil sadece komşu kabul edilir. Çünkü duvarlar üzerine ağaç kütüklerini koymak suretiyle kişi o evde ortak olmaz. Şuf'a ise menkul dışında akarda sabittir. Böyle bir şey ise menkuldür. Şuf'aya hak kazanmak hususunda Müslüman ile zimmî arasında fark yoktur. Çünkü şuf'anın meşru oluşunun delili umumidir. Ayrıca şuf'anın sebebi ve hikmeti açısından da ikisi arasında bir fark yoktur; o bakımdan aralarında fark olmaz.

Delilleri ise şuf'anın meşruluğunu ortaya koyan daha önce görmüş olduğumuz hadis-i şeriflerdir. Bunlar arasında da şu hadis-i şerifler yer almaktadır: *"Evin komşusu şuf'asına daha yakındır"* . [3] *"Evin komşusu komşu bulunduğu eve ve toprağa*

1- *el-Muhallâ,* IX, 101.

2- *el-Bedayi,* V, 4; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 406, 414, 436; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 239- 241; *el-Lübâb,* II, 106; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 155.

3- Bu hadisin kaynakları daha önce gösterilmiş bulunuyor. Hadisi Buharî, Peygamber (a.s.)'in azadlısı Ebu Râfi'den rivayet etmiştir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 174.

(başkasından) daha layıktır, daha hak sahibidir" [1] *"Komşu, şufasına (başkasından) daha layıktır."* [2] Ayrıca şuf'ayı gerektiren illetin, sürekli birlikte olması sebebiyle kişiye gelebilecek sürekli zararı önlemek olması da bunu pekiştirmektedir. Böyle bir durum ise ortak hakkında söz konusu olduğu gibi, komşu hakkında da geçerlidir. O halde şuf'anın meşru oluşunun hikmeti, her ikisinde de açıkça görülmüştür. Bu da her ikisine gelebilecek zararı defetmektir.

Cumhura göre: [3] Bizzat satılan şeyde ortaktan başkasının şuf'a hakkı yoktur. Eğer hak paylaştırılamayan şayi' bir hak olursa, onlara göre pay sahibi olan her hangi bir ortağın şuf'a hakkı olmadığı gibi, satılan şeye has irtifak haklarından her hangi birisinde de hiç bir ortağın ve komşunun şuf'a hakkı yoktur.

Malikîlere, Şafiîlere ve Zahirîlere göre şuf'a, kâfir olan zimmînin lehine ve Müslümanların aleyhine sabit olur. Hanefîlerin söylediği gibi. Ancak Hanbelîlere göre Müslümana ait bir akarın satışında kâfirin lehine şuf'a sabit olmaz. Çünkü Peygamber (a.s.): *"Hıristiyanın lehine şuf'a yoktur"* [4] hadisi bunu gerektirmektedir. İşte bu hadis-i şerif karşı görüşü savunanların delil olarak gösterdikleri hadislerin umumi ifadelerini tahsis etmektedir. Diğer taraftan şuf'a yoluyla satın almak akara hastır. Bu, yapıları yükseltmeye kalkışmaya benzer. Kâfir ise Müslümana göre bu noktadan men edilir. Diğer taraftan kâfir ile ortaklıkta Müslümana zarar vardır. Ancak bu konuda cumhurun görüşü Hanbelîlerin delil gösterdikleri hadisin zayıf olması sebebiyle daha bir tercih edilir.

Fakihlerin şuf'anın, zimmînin lehine bir başka zimmî'nin aleyhine sabit olduğunu ittifakla kabul ederler. Çünkü şuf'a hakkında varit olan haberlerin ihtiva ettikleri umumi ifadeler bunu gerektirmektedir. Diğer taraftan din ve hurmet bakımından aralarında bir fark yoktur. O bakımdan Müslümanın Müslüman hakkındaki şuf'a hakkının sabit olması gibi, zimmîlerin de birinin ötekine karşı şuf'a hakkı sabit olur. Müslüman oldukları hakkında hüküm verilmiş olan bid'at ehlinin lehine de şuf'a sabittir. Çünkü delillerin umumi ifadeleri her bir ortağın lehine şuf'anın sabit olmasını gerektirmektedir. Kâfir olduklarına dair haklarında hüküm verilmiş bid'at sahiplerinin ise cumhura hilâfen Hanbelîlere göre onların lehine ve Müslümanlarına aleyhine şuf'a olmaz. [5]

1- Hadisi Ebu Dâvud, Tirmizî, Neseî ve İmam Ahmed, *Müsned*'inde Taberani, *Mu'cem*'inde İbn Ebu Şeybe *Musannef*'inde, İbn Hibban *Sahih*'inde rivayet etmiş Tirmizî onun hakkında: "el-Hasen b. Semura'dan gelen rivayeti hasen-sahih bir hadistir" demiştir. *Nasbu'r-Râye*, IV, 172.

2- Tirmizî bu hadisi Hz. Cabir'den rivayet etmiştir.

3- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 253; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, III, 473; *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 631; *Muğni'l Muhtâc*, II, 297; *el-Mühezzeb*, I, 377 vd.; *el-Muğnî*, V, 285 vd., 357; *Keşşâfu'l-Kınâ*, IV, 149, 182 *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 286; *el-Muhallâ*, IX, 115, Mesele: 1598.

4- Hadisi Darekutnî, *el-İlel*'de isnadını belirterek Enes'ten ve Ebu Bekir'den rivayet etmekle birlikte her iki rivayetin de isnadında Bâbil b. Necîh vardır ki, Darekutnî ve İbni Adiyy onu zayıf bir ravi olarak kabul etmişlerdir.

5- *el-Muğnî*, V, 358 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ*, IV, 183.

Cumhurun gösterdikleri delil, Hz. Cabir'den gelen daha önce görmüş olduğumuz şu hadis-i şeriftir: *"Resulullah (a.s.) paylaştırılan her malda şuf'a hükmünü vermiştir. Sınırlar tesbit edildiğinde ise şuf'a yoktur."* Said b. el-Müseyyeb'den gelen hadis de şöyledir: *"Arazi paylaştırıldığı, sınırları tespit edildiği takdirde onda şuf'a olmaz."* (1) Şuf'a pay sahibi olan ortak için dahi vacip olmadığına göre komşu lehine de vacip olmaması daha uygundur. Paylaştıran ortak ise paylaştırdığı takdirde artık komşu olur.

Diğer taraftan şuf'a asla aykırı olarak sabit olmuştur. O bakımdan bu konuda da nassın varit olduğu hususlar çerçevesinde kalınır, daha ileriye gidilmez.

Ebu Râfi'in rivayet ettiği: *"Komşu, şuf'asına daha bir hak sahibidir"* şeklindeki hadis-i şerif şuf'a konusunda sarih değildir. Zira hadis-i şerifte geçen (ve "şuf'a" diye de anlaşılabilen) kelimesi ile komşusunun iyilik yapması, haklarına riayet etmesi, hastalandığında ziyaret etmesi ve buna benzer davranışlarda bulunması manasının kastedilmiş olması ihtimâli de vardır. Hz. Cabir'in rivayet ettiği hadis-i şerif ise hem daha açık, hem de sahihtir. O bakımdan ona öncelik tanınır. Geri kalan hadis-i şeriflerin senetleri hakkında ise ileri geri konuşulmuştur. Meselâ, Hz. Semura'nın rivayet ettiği hadis-i şerifi ondan el-Hasen rivayet etmektedir. Fakat el-Hasen, ondan sadece akîka hadisini dinlemiştir. Bu bakımdan komşuluk şuf'asına dair varit olan hidis-i şeriflerin delâlet ettiği hususlara hamledilmesinden başka çıkar yol yoktur. Bu durumda komşu kelimesiyle ortak kastedilmiş olur. Kanaatimce bu görüş daha uygundur. Çünkü şuf'a sayısız problemlerin çıkmasına sebep teşkil eder. Ayrıca şeriatte kabul edilen asıl akid hürriyetinin varlığıdır. O bakımdan sadece ortaklık hâlinde şuf'ayı kabul etmekle yetinilir.

İbnu'l-Kayyim bu iki görüşün ortasını kabul ederek, yol veya şirb hakkı gibi özel irtifak haklarından her hangi bir hakta komşusunun kendisi ile birlikte ortak olması hâlinde de komşunun lehine şuf'anın sabit olduğunu kabul etmiş, değilse olamayacağını söylemiştir. (2)

Şevkanî ve bazı Şafiî alimleri de, Hz. Cabir'in rivayet etmiş olduğu *"yolları bir olduğu takdirde"* (3) lafzı ile amel ederek, bu orta yolu ifade eden çözümü kabul etmekle aynı görüşü paylaşmışlardır.

Şuf'anın mertebeleri (veya şuf'a hakkını kazanmanın sebepleri)

Hanefîlere göre: (4) Şuf'a, satılan şeyin kendisinde ortak olan kişinin lehine

1- Hadisi Ebu Dâvud rivayet etmiştir. İmam Malik de Ebu Seleme b. Abdurrahman'dan *mürsel* olarak rivayet etmiştir.

2- *İ'lâmu'l-Muvakki'*in, II, 123-132 -Abdülhamid'in tahkiki ile-

3- *Neylü'l-Evtâr,* V, 333.

4- *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 406, 412 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 154 vd.; *el Bedayi,* V, 8-9; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 239; *el-Lübâb,* II, 106 vd.; *Mecelle,* madde 1008.

vaciptir. Bundan sonra böyle bir ortak olmadığı yahut olup da şuf'a hakkını kullanmadığı takdirde, satılan şeye has irtifak haklarından her hangi bir hakta ortak olanın lehine sabit olur. Bu hak ise paylaştırılmakla birlikte, özel akardaki bir hakta ortaklığı kalmaya devam edendir. Özel olan şirb hakkı ve yolda olduğu gibi. Bundan sonra ise şuf'a bitişik olan komşu lehine sabit olur.

İrtifak hakkına sahip olanın lehine şuf'a hakkının sabit olması bakımından satılan araziye komşu olan arazi ile ondan uzak olan arazi arasında fark olmadığı gibi, doğrudan doğruya özel mecradan sulanan arazi ile, o özel mecradan alınan bir kanal ile sulamasını yapan arazi arasında, hepsi aynı mecradan suladıkları ve buna hak kazanmanın sebebi bir olduğu sürece, -bu ise özel bir merafıkta ortaklıktır- aralarında bir fark yoktur.

Ebu Hanîfe ile Muhammed'e göre özel şirb hakkından maksat [1] küçük akarsudaki şirb hakkıdır. Bu da en küçük gemilerin (kayıkların) dahi yüzemeyeceği kadar olan şudur. Gemilerin hareket edebildiği su ise umumi bir sudur. Mezhebin ileri gelen alimleri genel olarak eğer akarsuyun ortakları sayılabilecek kadar az ise o akarsu küçüktür, değilse büyüktür kanaatindedirler. Sayılamayacak kadar ortak sayısının 40 ve 50 olduğu söylenmiştir. Kimilerine göre ise bu her dönemin müctehidine havale edilmesi daha doğrudur; denilmiştir.

Özel yoldan maksat ise nafiz olmayan (genele açılmayan) yol demektir. O yolu kullananların hepsi şuf'a hakkına sahiptirler. Şayet şirb ve yol umumi olursa, bunlar dolayısıyla şuf'a söz konusu değildir. Yolun nafiz olmamasından maksat ise, o yol sahiplerinin başkalarının oradan geçmelerini engelleyebilecek durumda olmalarıdır.

Şirb sebebiyle şuf'anın tasavvuruna şu örnek verilebilir: Özel, fakat bir topluluk arasında ortak olan arazilerini sulayan bir akarsuda şirb hakkı bulunan bir arazi satılacak olursa, o şirb hakkı sahiplerinin hepsinin şuf'a hakkı vardır. O akarsuya komşu olan arazilerinin akarsuya bitişik olmaları ile uzak olmaları arasında da bir fark yoktur.

Sözü geçen şekilde satılanda ortak, sonra irtifakta ortak, sonra da komşu) şefi'lerin sıralanışına dair Hanefîlerin delili Hz. Peygamber'in şu buyruğudur: *"Ortak halît'tan (arada karışmış malı olan); halît da şefî'den daha bir hak sahibidir."* [2] Diğer taraftan satılan şeyde bitişiklik başkalarından daha güçlüdür. İrtifak hakkın-

1- Ebu Yusuf şöyle der: "Has olan şirb, üzerinde bina ve ağaç bulunmayan iki veya üç tarlayı sulayabilen akarsudur. Bundan daha fazla olan su ise umumidir." *el-Lübâb*, II, 107.

2- Bu hadisi şerif hakkında ez-Zeylaî *garib* olduğunu söylemiştir. İbnü'l-Cevzî: "Bu hadis bilinmemektedir." der. Şureyh şöyle der: "Arada karışmış malı olan kişi (halit) komşudan daha çok hak sahibidir." İbrahim en-Nehaî de şöyle der: "Ortak, şuf'aya daha çok hak sahibidir. Ortak yoksa komşu, o da yoksa halit şefî'den daha bir hak sahibidir. Şefî ise başkalarından daha hak sahibidir."*Nasbu'r-Râye*, IV, 176.

da bitişiklik ise komşudan daha güçlüdür. Çünkü bu, mülkün merafıkında bir ortaklıktır. Tercih ise sebebin kuvveti ile yapılır ve şayet paylaştırmanın sıkıntı ve masraflarının zararını önlemek -Hanefîlere göre- şuf'aya hak kazanmak için bir gerekçe olamıyorsa da şefî'lerin birden fazla olması hâlinde tercih sebebi olarak kabul edilebilir.

Şefî'lerin tezahümü (taaddüdü, birden çok olması) hâlinde paylaştırma keyfiyeti:

Şefi'ler birden çok olup her birisinin de şuf'a talebinde bulunmak suretiyle şefî'lerin tezahümü hâlinde şuf'a hakkının tevzî keyfiyetinin nasıl olacağı da anlaşılmış olmaktadır:

a) Şayet şefî'ler aynı mertebeden olmazlarsa: Meselâ birisi satılan şeyde ortak, öteki irtifak hakkında ortak, diğeri de bitişik komşu olursa, önce satılanda ortağa öncelik tanınır, daha sonra satılandaki hakta (yani irtifak hakkında) ortak olana sıra gelir, sonra da komşu olana sıra gelir. *(Mecelle,* madde 1009)

Evin duvarında ortak olan kimse, bizzat evin kendisinde ortak olan hükmündedir. Komşusunun duvarı üzerine uzatılmış kalasların sahibi ise ortak değil, bitişik komşu olarak kabul edilir. *(Mecelle,* madde 1012)

Üst veya alt katın sahiplerinden her birisi bitişik komşudur *(Mecelle,* madde 1011). Şirb hakkı, yol hakkından önce gelir. *(Mecelle,* madde 1016). Şirb hakkının sahibi veya özel yolun sahibi olan kişi, sadece arazisini -irtifak hakkı söz konusu olmaksızın- satacak olursa, ortakların irtifakda şuf'a hakları yoktur. *(Mecelle,* madde 1015)

Ortak iki tür bir arada bulunacak olursa, daha özel olana, daha umumi olana göre öncelik tanınır. Meselâ, küçük bir akarsudan alınmış bir kanaldaki şirbde ortak olan kişi, şirbde ortak olandan evlâdır (ona öncelik tanınır). *(Mecelle,* madde 1014)

Şayet ortakların mertebesi aynı ise; -satılan şeyde ortak olunması gibi bu durumda- şuf'aya konu olan akar, bütün talepte bulunanlar arasında kişi sayısınca ve eşit olarak paylaştırılır. Mülkiyet veya payları miktarınca değil. Bu, Hanefîlerle [1] Zahirîlere göre böyledir. [2] Çünkü şuf'aya hak kazanmanın sebebinde aralarında bir fark yoktur. Bu ise ortaklık sebebiyle bir arada olmak veya komşuluktur. Yani mülkiyetin aslında, aralarında bir fark bulunmamaktadır. Hanefîlerle Zahirîlerin dışında kalan cumhur ise şöyle demektedir. [3] Meşfû'un fîh (şuf'aya konu olan

1- *el-Bedayi,* V, 6; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 241; *el-Kitab ma'al-Lübâb,* II, 112; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V 154; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 414; *Mecelle,* madde 1013.

2- *el-Muhallâ,* IX, 120, mesele: 1609.

3- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 646; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 486 vd.; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 257; *el Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 287; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 305; *el-Mühezzeb,* I, 381; *el-Muğnî,* V, 335 *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 164.

akar,) şefî'ler arasında sayılarına göre değil, o mülkteki hisseleri oranında pay edilir. Çünkü şuf'a mülkiyet sebebiyle söz konusu olan bir haktır. O bakımdan bu da mülkiyet kadardır. Mülkten elde edilen gelir, meyve, ücret ve şeriketi emvâlde elde edilen kârda olduğu gibi. Şefî' olan ortaklardan her birisi akarda (meşfû'un bih ve fîh) malik olduklan miktar kadarını alırlar. Şayet arazi üç kişi arasında ise, birisi arazinin yarısına, öteki üçte birine, diğeri de altına birine sahip olsa, birincisi payını satacak olsa, ikinci ortak iki pay, birinci ortak da bir pay alır. Çünkü şuf'a, zararı ortadan kaldırmak için meşru kılınmıştır. Zarar ise ortaklardan her birisine eşit olarak değil, malik olduğu orana göre gelmektedir. Bundan dolayı onların kazandıkları hak, paylarındaki orana göre gelen zararı uzaklaştırmak için olmalıdır.

Malikîler şuf'a hakkına sahip ortakların tezahümü (birden çok olması) hâli hakkında şöyle demektedirler: [1] Şuf'a yolu ile satın almakta ortaklıkta daha has olana, başkasına göre öncelik tanınır. Bu ise payda yani hissede ortak olan, meselâ akar sahibi olan bir kimse, geride iki nine, iki hanım ve iki kızkardeş bırakacak olsa, bunlardan birisi de payını satsa; şuf'a, payda onunla ortak olan kimsenin lehine sabittir; diğer mirasçılar için değil. O kadar ki payda ortak olan kişi anne-baba bir kızkardeş ile baba bir kızkardeş olsa yahut kız ile beraber oğlun kızı olsa, anne baba bir kızkardeş yahut da kız payını satacak olsa, baba bir kızın veya oğlun kızının asabe dışında şuf'a sebebiyle satın alma hakkı vardır.

Daha has [2] olan pay (mirastaki farz) sahipleri daha umumi olana dahil olur. Daha umumi olan ise payda ortak olmayan yani farz sahipleri dışında kalandır ki, bu da akrabalıkta daha güçsüz olandır. Asabe ve başkalarında olduğu gibi. Bir kişi, bir ve daha fazla kız, iki kardeş veya iki amca bırakarak ölse, kardeşlerden birisi satacak olsa, kızlar şuf'aya dahil olur ve bu hak satmayan kardeş veya amcaya tahsis edilmez. Yine bir kişi üç kız bırakarak ölse, sonra bu kızlardan birisi de iki kız bırakarak ölse, ölen kızkardeşin hayatta kalan kızkardeşlerinden birisi payını satacak olsa, ölen kızın kız çocukları, teyzeleri ile birlikte olurlar. Çünkü alt tabaka daha hastır. Zira onlar ikinci ölene daha yakındırlar. Üst tabaka ise daha umumîdir. Onlardan birisi hisesini satacak olsa, farz sahibi olan mirasçı veya asabe kişi, bir akar ile kendilerine vasiyette bulunulmuş olanlara katılırlar. Sadece kendilerine vasiyet edilenlere şuf'a has olmaz; mirasçı da onlarla birlikte katılır.

Daha sonra ister farz sahibi, ister asabe olsun, mutlak olarak mirasçılar yabancılara takdim edilirler.

Eğer mirasçı hakkını iskat edecek olursa, bundan sonra da yabancı olana öncelik tanınır.

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 492; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 650 vd.

2- *Ehas* (daha has), daha kavî ve yakınlığı daha fazla olan kimse demektir.

6. Bazı Şefîlerin Hazır Olmaması:

Hanefîlere göre: (1) Satış ve şuf'anın talebi esnasında şefî'lerden bazısı hazır değil ise ve bu kişi de şuf'a talebinde bulunursa, onun lehine şuf'a ile hükmolunur. Çünkü hazır olan kişi yakînen sabittir. Hazır olmayanın şuf'a talebinde bulunacağında ise şüphe bulunmaktadır. O bakımdan hazır olan geciktirilmez. Çünkü hakkında şüphe bulunan, yakîn olarak bilinen ile aynı haklara sahip olmaz. Çünkü gaib olanın talepte bulunmama ihtimâli vardır ve şüphe ile de erteleme yapılmaz.

Daha sonra hazır olan kişi ile aynı mertebede olan hazır olmayan kişi gelip şuf'a talebinde bulunursa, hazır olanla almış olduğu şeyi bölüşür. Yani birinci paylaştırma iptal edilir ve akar yeniden paylaştırılır.

Şayet hazır olmayan, şuf'a ile alan ve hazır bulunan ile aynı mertebede bulunmuyor ise -ki bu durum ancak Hanefîlere göre düşünülebilir- mesela, ortak ve komşuda olduğu gibi eğer hazır olmayan hazırın üstünde ise (yani ondan daha üstün ve yüksek mertebede ise) -komşu ile birlikte ortak olması hâlinde olduğu gibi- bu durumda meşfû'un fîhin tümünün onun olacağına dair hüküm verilir. Şayet ondan aşağı mertebede ise -ortak ile birlikte bir de komşunun olması hâlinde olduğu gibi- o takdirde de şuf'adan men olunur.

Malikîler, Şafiîler, Hanbelîler ve Zâhirîlere göre: (2) Şuf'a hakkının gaibin lehine sabit olduğu hususunda Hanefîlerle ittifak hâlindedirler. Çünkü Resulullah (a.s.)'ın: *"Şuf'a paylaştırılamayan şeydedir"* buyruğunun ifadesi umumidir. Diğer taraftan şuf'a, malî bir haktır. Hazır olmayan bir kimse için de onun sebebinin varlığı söz konusu olduğundan, mirasta olduğu gibi bu hak da sabit olur. O bakımdan bunu bilmesi hâlinde, hazır olandan satışın gizlenmesi hâlinde olduğu gibi, onun lehine şuf'a sabit olur. Meşfû'un aleyh olan müşterinin zararı da, ödediği kıymetin iade edilmesiyle giderilmiş olur.

Bazı şefî'lerin hakkının ıskatı

Hanefîlere göre: (3) Şefî'lerden bazısı hakkını iskat edecek olursa:

a) Eğer şefî'lerin lehine hükmolunmadan önce bunu yaparsa, geriye kalan kişi müzahame (teaddüd) ortadan kalktığından şuf'aya konu olan şeyin tümünü alır.

b) Şayet şuf'a ile hükmolunduktan sonra hakkını iskat edecek olursa, geriye kalan kimsenin, terkedenin payını alma hakkı yoktur. Çünkü hakimin hükmü ile onların her birisinin ötekinin payındaki hakkı kesilmiş olur.

Mâlikîlere, daha sahih olan görüşlerinde Şâfiîlerle Hanbelîlere göre: (4)

1- *el-Bedâyi,* V, 6; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 156; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 242.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 490; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 306; *el-Muğnî,* V, 305 vd., 339; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV 164; *el-Muhallâ,* IX, 115, mesele 1598; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 644.

3- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 156; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 241; *Mecelle,* madde 1043.

4- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 490; *Muğni'l-Muhtac,* II, 306; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 164; *el-Muğnî,* V, 338.

Şefi'lerden bazısı şuf'adaki hakkını -bağışlamak suretiyle- iskat edecek olursa, diğer malî haklarda olduğu gibi, bu hakkı da sakıt olur; diğeri ise meşfuun fîhin tümünü almak veya tümünü terketmek arasında muhayyer bırakılır. Yalnızca kendi hakkını almak yahut sadece kendi payını almakla yetinmek hakkına sahip değildir. Çünkü bir tek şefî' hakkının bir kısmını iskat edecek olursa kısasta olduğu gibi, tümüyle sakıt olur. Ta ki satılan mal, müşterinin aleyhine kısımlara ayrılmak durumunda olmasın. İbnü'l-Munzir der ki: Kendisinden ilim öğrendiğim bütün âlimler bu husus üzerinde icma etmişlerdir. Çünkü bazı kısımların satın alınması hâlinde, satılan parçalandığı için müşteriye zarar gelmesi söz konusudur. Zarar ise bir başka zararla izale olunmaz.

7. Şuf'aya Dair Hükümler

Şuf'a yoluyla mülk edinmenin yolu:

Hanefîlere göre: (1) Şuf'a satış akdi ile vacib olur. Yani satıştan sonra şuf'aya hak kazanılır. Hatta satış fasit olsa ve herhangi bir şekilde fesih sakıt olsa veya müşterinin hıyarını ihtiva ediyorsa yine de şuf'aya hak kazanılır. Mücerret fasit satın almak ile şuf'a olmaz. Çünkü böyle bir akid şer'an feshedilmeyi hak etmiştir. Şuf'a hakkının kabul edilmesi hâlinde ise, bu fasitlik de kabul edilmiş olur; o bakımdan caiz olmaz. Şayet satılan şeyde tasarruf, yahut üzerinde bina yapmak gibi her hangi bir şekilde fesih sakıt olacak olursa, engelin ortadan kalkması sebebiyle şuf'a da sabit olur. Aynı şekilde satıcının hıyarının (seçmesinin) olması hâlinde de şuf'a yoktur. Çünkü bu durum satıcıdan mülkiyetin zail olmasını engeller. Müşterinin hıyarı ise satıcıdan mülkiyetin zail olmasını engellemez. Şuf'a da bu esasa bağlıdır.

Şuf'anın, satıştan haberdar olduktan hemen sonra çabucak talep edilmesi kaçınılmaz bir şeydir. Talepten sonra, yani ikinci talep ile şahit tutmakla da şuf'a istikrar kazanır. İkinci talep ise, takrir ve karşılıklı rıza ile, yahut hakimin hükmü ile almak suretiyle mülk edinmektir.

Yani şefi'in şuf'a ile mülk edinme yolu, iki yoldan birisi iledir: Ya müşterinin satılan şeyi karşılıklı rıza ile şefi'e bizzat teslimi ile veya almaksızın hakimin hükmü ile gerçekleşir. Çünkü bu, müşteri lehine mülk satın almak ile tamamlanmış bulunmaktadır. Dolayısıyla bu mülkün şefi'e ancak ya karşılıklı rıza ile, ya da hakimin hükmü ile intikal etmesi mümkün olabilir. Hibede, rücuda olduğu gibi. Çünkü hakimin bir *velâyet-i âmmesi* vardır. O hak ile hükmetmek çerçevesi içerisinde kazada (yargıda) bulunma gücüne sahiptir.

Buna göre şefi'in, sözü geçen durumlardan her hangi birisi ile mülkiyetine geçirmekten önce, şuf'asında mülkiyetin hükümlerinden her hangi bir şey sabit olmaz. Hanefîlere göre bu durumda şefî' ölecek olursa ondan miras alınmaz. Şuf'a

1- *el-Bedayi,* V, 23 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 417; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 242, 254; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 154; *el-Lübâb,* II, 107, 114; *Mecelle,* madde: 1036, 1038.

hakkına konu olan evini satacak olursa da şuf'ası batıl olur. Şayet bu durumda iken onun yanında bir ev satılacak olursa, onda mülkiyeti olmadığından dolayı şuf'a ile o eve hak kazanmaz.

Bu iki yoldan birisi ile mülk edinmek, mezhepler arasında ittifakla kabul edilmiştir. [1] Fakat Şafiîler şöyle demektedir: Şuf'a hakkı üç husustan birisi ile gerçekleşir: Hakimin hükmü müşterinin ödediğini ona vermesi ve müşteri hazır olmasa dahi şuf'a ile satın aldığına dair şahit tutmakla.

Fasit satışta Hanefîlerin dışındakilerde şuf'a yoktur. Çünkü onlara göre böyle bir satış zaten batıldır, yani şer'an yok hükmündedir. Malikîler şu hali bundan istisna ederler: Fasit bir satışla bir şey satın alan bir müşteri, bunu sahih bir satışla başkasına satmak suretiyle tasarruf ederse, şefî' onu ikinci müşteriden ödemiş olduğu semen (değer) ile satın alabilir. Eğer fasit satış ile satılmış olan malda, müşterinin elinde iken, meselâ yıkmak gibi onun zatını değiştiren bir durum meydana gelmişse, şefî', müşterinin ödemesi lâzım gelen değerle onu alma hakkına sahiptir. Bu değer, eğer fasitlik ittifakla kabul ediliyor ise kıymettir, ihtilâf varsa semendir.

Şuf'a ile akarın mülk edinilmesi yeni bir satış derecesindedir. Şefî' lehine *hıyar-ı ru'yet* ve *hıyar-ı ayb* sebebiyle geri verme hakkı sabittir. [2] Bütün satış akidlerinde kabul edildiği gibi.

Şefî'in şuf'a ile mülkiyetine aldığı şey ise, müşterinin satın almakla mülkiyetine geçirdiği şeydir. Bu ister asıl itibarıyla onun mülkü olsun, isterse bina, dikilmiş ağaç, ekin ve meyve gibi şuf'a ile mülk edinme vaktinde ona bitişik olması hâlinde olduğu gibi, başkasına tabi olmak suretiyle mülk edinilmiş olsun, değişen bir şey yoktur. Bu Hanefîlerce bir ihtihsandır. Çünkü hak, akarda sabit olduğu takdirde taşınabilir ve fakat ona bitişik olmak suretiyle akara tabi olan şeyde de o hak sabit olur. Çünkü tabi olanın hükmü aslın hükmü gibidir. [3]

Şefî'in ödemesi lâzım gelen veya meşfû'un kendisi ile alınabildiği şey:

a) Ödenmesi icap eden semen:

Fakihler, müşterinin malik olduğu malın misli ile değil de müşterinin malik olduğu mebîin semeni ile yahut ivazı ile veya semenin misli ile alması gerektiği üzerinde ittifak etmişlerdir. Çünkü şeriat şefî'in lehine ve müşterinin aleyhine kendisinin malik olduğunun misli ile mülk edinebilme yetkisini vermiştir. [4]; bu misil

1- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 640, 647; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 300; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 177; *el-Muğnî,* V 346 vd.; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 487.

2- *el-Bedayi,* V, 24; *Mecelle,* madde: 1037; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 246 vd.

3- *el-Bedayi,* V, 27 vd.

4- *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 427; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 249; *el-Lübâb,* II, 114-115; *eş-Şerhu's Sağîr,* III, 635, 637; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 301; *el-Mühezzeb,* I, 378 vd.; *el-Muğnî,* V, 322 *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 177; *Bidayetü'l-Müctehid,* II, 256.

ise, hem miktar hem tür itibarıyla benzemelidir. Çünkü Hz. Cabir'in rivayet ettiği hadiste: *"O aynı semen ile o şeyde daha bir hak sahibidir"* [1] denilmiştir. Aynı şekilde şefî' müşterinin yapmış olduğu tellâl, kâtip ücreti ve rüsum giderlerini de ödemek durumundadır. Şayet semen, mekîl ve mevzun (ölçülebilir ve tartılabilir şeyler) gibi mislî ise, şefî de onu misli ile alır. Çünkü bunlar misli olan şeylerdir. Eğer semen, mislî değil ise şefî' onun kıymeti (semenin kıymeti) ile satın alır. Çünkü akdin lüzumu vaktinde karz ve telef etmekte onun bedeli budur. Zira satın almaya hak kazanmanın vakti de budur.

Şayet akar, akar mukabilinde (mukayaza, trampa) ile satılmış ise ve her ikisinin de şefî'i aynı kişi ise, şefî' her iki akarı da ötekinin kıymeti mukabilinde satın alır. Çünkü birinin bedeli ötekidir. Ve diğer taraftan bu akar kıyemiyyattandır. O bakımdan kıymeti mukabilinde alınır. Şayet şefî'leri farklı ise, her birisinin şefî'i şuf'a hakkına sahip olduğu şeyi ötekinin kıymeti kadarı ile alır.

Eğer bir zimmî şarap veya domuz karşılığında bir ev satın alacak olursa, şefî'in zimmî olması halinde, şarabın misli ile ve domuzun kıymeti ile orayı satın alır. Şefî' Müslüman olursa, Hanbelîler dışındaki mezheplere göre şarabın ve domuzun kıymeti ile alır. Domuzun kıymeti ile alınmasının sebebi açıktır; çünkü domuz kıyemî bir maldır. Şarabın kıymeti ile alınmasının sebebi ise, Müslümanın şarapta tasarrufunun yasaklanmış olmasıdır. O bakımdan o da mislî olmayanlar gibidir.

Satılan şeyin kıymeti satıldığı gün hesap edilir. Şuf'a sebebiyle alındığı günkü kıymetiyle değil. Bu konuda fakihlerin ittifakı vardır. Çünkü ivazın (bedelin) tesbit vakti ve şuf'aya hak kazanma vakti o vakittir.

Hanbelîlere göre: [2] Zimmînin şarap veya domuz mukabilinde satın aldığ şeyde şuf'a yoktur; çünkü bunların ikisi de mal değildir.

b) Semende indirim veya satış:

Hanefîlere göre: [3] İster şuf'a ile alıştan önce, isterse sonra olsun, satıcı müşteriden semenin bir kısmını indirecek olursa, indirilen miktar şefî'den de düşer. Çünkü bir kısmın indirilmesi akdin aslına iltihak eder. Bu da şefî'in hakkında ortaya çıkar. Çünkü o şuf'ayı semen ile alır. Semen ise üzerinde karar kılan, ödemesi gereken bakiyyedir.

Şayet satıcı müşteriden semenin tümünü indirecek olursa, o takdirde şefî'den hiç bir şey sakıt olmaz. Çünkü tümün inilmesi akdin aslına hiç bir şekilde iltihak etmez; çünkü bu durumda akid asıl konusunun dışına çıkarak hibe olur ve geriye semen diye kabul edilecek bir şey kalmaz.

1- Hadisi Ebu İshak el-Cuzecânî, *el-Mütercem*'de rivayet etmiştir.
2- *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 152.
3- *el-Mebsut,* XIV, 107; *el-Kitab ma'al-Lübâb,* II, 115 vd.; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 427 *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 248 vd.; *el-Bedayi,* V, 27.

Şayet müşteri satıcıya semende bir artırmada bulunacak olursa yahut birinci semenden daha fazlası ile akdi yenilerse, şefî'in bu fazlalığı ödemesi gerekmez. Çünkü bu fazlalıkta şefî'e zarar vardır. Çünkü o aslî olan ilk semen ile almaya hak kazanmıştır. Burada, semenden indirme meselesinin hilâfınadır. Çünkü orada şefî'in menfaati vardır. Çünkü semenden yapılacak indirim veya eksiltme şefî' hakkında sabit olur artırma sabit olmaz.

Geri kalan fakihler de Satıcı semenin tümünü kaldıracak olursa, satış söz konusu olmayacağından şuf'anın da olmayacağı hususunda Hanefîlerle ittifak halindedirler.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [1] Müşteriden semenin bir kısmını indirecek veya akdin lüzumundan (bağlayıcı hâle gelmesinden) önce, yani hıyar süresi içerisinde, semende bir artış yapılacak olursa eksiltilen miktar kadar şefî'den de düşülür; fazlalığı da ödemesi lâzım olur. Çünkü şefî'in hakkı, ancak akdin tamamlanması ve hıyarın da söz konusu olmaması hâlinde sabit olur. Yapılan değişiklikler ise akde dahil olur. Ancak hıyar süresi biter ve akid kesinleştikten sonra semende indirim veya artış yapılırsa bu, akde dahil olmaz. Çünkü o takdirde eksiltme yeni bir ibra demektir. Bu da şefî' hakkında sabit olmaz. Hıyar müddetinden sonra ise ziyade bir hibedir; buna da hibenin şartları uygulanır.

c) Semenin ertelenmesi:

İmam Züfer'in dışında Hanefîler ve Şafiî'lerin yeni mezhebinde azhar olan görüşe göre: [2] Semenin tümü veya bir kısmı ertelenirse, müşteriye verilmiş olan bu erteleme süresinden şefî'in faydalanma imkânı yoktur. Şefî'in semeni hemen ödemek ve satılanı helen almak ile sürenin bitmesine kadar sabredip beklemek arasında muhayyer kalması söz konusudur. Vadenin gelişine kadar te'hir edilmesi ile hakkı sakıt olmaz. Çünkü bu konuda onun mazereti vardır. Ancak şuf'ayı zamanı içerisinde talep etmesi gerekir. Değilse hakkı sakıt olur. Çünkü akid, şuf'anın sabit olmasının şartıdır ve bu da ortaya çıkmıştır.

Şefî'in bu süreden yararlanmamasının sebebi ise şudur: Şuf'a müşteriden şefî'in lehine olmak niteliği ile satışı değiştirmek, tahvîl etmek değildir. Şuf'a, sadece satıcı ile müşteri arasında gerçekleşen akdi bozup, ondan sonra şefî'in lehine bir başka akdin yapılması demektir.

İmam Züfer der ki: "Şefî', tayin edilen bu süreden istifade etme hakkına sahiptir. Çünkü süre -züyufluk gibi- semenin bir niteliğidir. Şuf'a sebebiyle satın almak da semen ile olur. O bakımdan o da hem nitelik, hem asıl bakımından bu semen ile alır."

1- *Nihâyetü'l-Muhtâc,* IV, 149; *el-Muğnî,* V, 322; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 177.

2- *el-Mebsût,* XIV, 103; *el-Bedayi,* V, 24, 27; *Tekmiletü'l-Fethi'l-Kadir,* VII, 428; *Tebyinü'l-Hakâik* V, 249; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* IV, 150; *Muğni'l-Muhtâac,* II, 301; *el-İfsah,* İbni Hubeyre, 277.

Malikîlerle Hanbelîlere göre: [1] Şefî', akdin kendisi ile gerçekleştiği semenin te'cîlinden (ertelenmesinden) istifade etme hakkına sahiptir. Şu kadar var ki, şefî'in güvenilir ve borcunu ödeyebilecek imkâna sahip olması veya bu nitelikte birisinin ona kefil olması şarttır. Eğer ödeyebilecek durumu yoksa ve ödeyebilecek durumda olan birisi ona kefil olmamışsa, müşterinin hakkına riayeten hemen semeni ödemesi icap eder. Bu görüş şuf'a sebebiyle böyle bir alış-verişi kaybeden müşterinin maslahatını teminat altına almak bakımından uyulmaya daha uygundur.

d) Şuf'a hükmünü vermek şefî'in semeni ödemesine bağlı mıdır?:

Zahir rivayette Hanefîler, Şafiîler, Mâlikîler ve Hanbelîler der ki: [2] Şuf'a sebebiyle mülk edinmek için hakimin hükmü ya da semenin hazırlanması veya müşterinin hazır olması şart değildir. Hakimin şuf'a ile hükmünün sadır olması, şefî'in yargı meclisine semeni getirmesine bağlı değildir. Çünkü şefî'in hakkı, kendisine gelebilecek zararı önlemek için yabancı birisine bizzat satışın yapılmasıyla sabit olmuştur. Dolayısıyla bu satın alma, ilk olarak satıcıdan kendisine yapılmış gibi olur. Yahut bunun sebebi şefî'in şuf'a ile hüküm verme gereğince adeta satıcıdan almış gibi meşfû'un fîh'i (şuf'aya konu olan şeyi) mülk edinmesi ile olur. Satın alma yoluyla mülk edinmek ise, semenin hazır edilmesine bağlı değildir. İlk baştan satmak veya satın almakta olduğu gibi. Çünkü hepsinde ortak özellik, mülk edinmektir.

Ancak Mâlikîler şöyle demektedirler: "Ben şuf'ayı alıyorum" diyecek olursa, semeni hazır etmesi için ona üç gün süre tanınır. Bu süre içerisinde semeni getirirse alır, değilse şuf'ası sakıt olur."

Muhammed b. el-Hasen der ki: "Müşteriye gelebilecek zararı önlemek için şefî' semeni hazırlamadıkça, hakim de şuf'a ile hüküm vermez. Çünkü şefî' müflis olabilir. O bakımdan hüküm semenin hazır edilmesine bağlı kalır. Hakim ona semeni nakden hazırlamak imkânını vermek için iki veya üç gün süre tanır. Çünkü şefî'e gelebilecek zararı başkasını zarar sokmak suretiyle defetmek sahih değildir."

Ancak İmam Muhammed'in çekindiği bu mahzurun önlenmesi mümkündür. Nitekim Ebu Hanife ile Ebu Yusuf şöyle demektedir: "Müşteri, şefî'in semeni ödemesine kadar ayn'ı elinde alıkoyma hakkına sahiptir."

Kâsânî bu iki görüşün arasını şöylece bulmaktadır: "Kanaatimce bu, hakikatte bir görüş ayrılığı değildir. Hakim semenin hazırlanmasından önce de şuf'a ile hükmedebilir, bunda görüş ayrılığı yoktur. Çünkü İmam Muhammed (rahimehullah)'in lafzı şöyledir: "Şefî' malı hazır edinceye kadar hakimin şuf'a ile hükmetmesi

1- *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 637; Bidâyetü'l-Müctehid, II, 256; *el-Muğnî*, V, 323; *Keşşâfu'l-Kınâ*, IV, 179.

2- *el-Mebsût*, XIV, 119; *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 245; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir*, VII, 422; *el-Lübâb*, II 112; *el-Bedayi*, V, 24 vd.; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 300; *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 647-649; *Keşşâfu' Kınâ*, IV, 177.

gerekmez." Bu ifade onun hükmetmek yetkisine sahip olmadığının delili değildir. Aksine bir tür ihtiyata işaret etmektir. Bu bakımdan hakim hükmedecek olarsa caiz olur ve onun bu hükmü de geçerli olur. Bunu da İmam Muhammed açıkça ifade etmiştir."

e) Meşfû'un fîh'in istihkakı (şuf'aya konu olan şeyde hak kazanılması):

Meşfû'un fîh (istihkak konusu) istihkak edilirse, uhde ve semenin tazminatını kim üstlenecektir? Bu konuda farklı iki görüş vardır. Uhdeden maksat, mülkün kendisine geçtiği kişi olan şefî'in, mülkün kendisinden intikal ettiği satıcı veya müşteriye, meşfû'un fîhin istihkakı hâlinde semen ile, her hangi bir kusurun ortaya çıkması hâlinde ise erş (yani bu kusurun bedeli) ile rücu etmesi demektir.

Hanefîlere göre: [1] İstihkak hâlinde semenin tazminatı, eğer şefî' satılan şey ondan almış ve ona semeni nakit olarak ödemiş ise semenin tazminatı müşteri tarafından ödenir. Çünkü semeni kabzeden odur. Ve satılan mal, şefîe ondan intikal etmiştir. Çoğunlukla rastlanılan durum da budur.

Bazan bu satıcı aleyhinde de olabilir. Eğer şefî', satılan malı müşteriye teslim etmeden önce doğrudan doğruya ondan almışsa böyle olur. Çünkü semeni kabzeden odur ve satılan mal şefî'e ondan intikal etmiştir.

Cumhur (Malikîler, Şafiîler ve Hanbelîler)'a göre: [2] Şefî', ortak olunan malın (mebî'in) bir parçasını satın alsa ve onu başkasının hak ettiği veya satılmış olduğu ortaya çıksa, bu durumda müşteriden rücu edip semeni veya erşi (eksikliğin bedelini) alır, müşteri de satıcıya rücu eder. Çünkü şefî' mülkü olmak şartıyla müşteriden mebî'i satın almıştır. O bakımdan bizzat satın alması hâlinde olduğu gibi, uhde ile ona rücu eder.

f) Semenin miktarında şefî' ile müşterinin ihtilâfı:

Semenin miktarında şefî' ile müşteri arasında ihtilâf çıksa ve müşteri -tabiatı hâliyle- daha fazla olduğunu iddia etse, şefî' de daha aşağısını ileri sürse kimin sözü tasdik edilecektir?

Dört mezhepte ve başkalarında fukahânın cumhûru şu görüştedir: [3] Şefî ile müşteri semenin miktarında ihtilâfa düşseler ve müşteri: "Ben yüze satın aldım" şefî de: "Hayır elliye satın aldın" diyecek olsa, yemin ettiği takdirde müşterinin sözü kabul edilir. Çünkü o ne yaptığını şefî'den daha iyi bilir ve çünkü şefî' daha aşağı miktarı iddia etmektedir. *Meşfû'un aleyh* ise aleyhine iddiada bulunulan *müddea*

1- *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 433; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 160; *el-Kitab ma'al-Lübâb,* II, 119; *el-Bedayi,* V, 30.
2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 493; *el-Mühezzeb,* I, 383; *el-Muğnî,* V, 344 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 182.
3- *el-Bedayi,* V, .30-32; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 424; *el-Lübâb ma'a'l-Kitab,* II, 115; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II,. 261; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 656; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 304; *el-Muğnî,* V 328, 333.

aleyh olup bunu inkâr etmektedir. Mutebcr söz ise yemini ile birlikte inkâr edenin sözüdür.

Şu kadar var ki, Malikîler müşterinin sözünü kabul etmek için bir kayıt getirmişler ve: "Eğer müşteri, takdir edenlerin takdirine benzeyen yahut semen-i misle yakın bir şey söylemişse, onun sözü kabul edilir, değilse yani semen olamayacak şekilde bir iddiada bulunmak suretiyle takdir edenlerin takdirine benzeyecek bir miktar söylememiş ise, o takdirde makul ölçüler içinde bir şey söylemiş ise şefî'in sözü kabul edilir.

Şayet müşterinin de şefî'in de söyledikleri makul değil ise, onların her birisine kendisinin iddiası ve karşı tarafın davasını reddetmesinin gereğine uygun olarak yemin ettirilir ve semen, insanlar arasında vasat kabul edilen kıymete göre takdir edilir ki bu da satış günü o payın kıymetidir. Her ikisi de yemin etmek istemezse yine durum böyledir.

Hanefîler şunu eklemektedirler: [1] Semenin niteliğinde şefî' ile ihtilâfa düşmesi hâlinde müşterinin sözü mutebcrdir. Birincisine misâl: Müşteri, "Yüz dinara satın aldım" dese, şefî' de: "Hayır bin dirheme satın aldın" diyecek olsa, müşterinin sözü kabul edilir. Çünkü şefî' onun aleyhinde bu tür ile mülk edindiği iddiasında bulunmakta, o da inkâr etmektedir. Makul söz ise, inkâr edenin yeminle söylediği sözdür. Ayrıca müşteri ödediği semenin cinsini şefî'den daha iyi bilir. Çünkü satın alma fiili ondan sadır olmuştur, şefî'den değil. Dolayısıyla o bunu şefî'den daha iyi bilir. Bu bakımdan cinsin bilinmesi için ona baş vurulur.

Semenin niteliğinde ihtilâf etmelerinin misâli ise: Müşterinin: "Ben bunu muaccel (peşin) semen ile satın aldım" demesine karşılık şefî'in: "Hayır sen bunu müeccel (belli bir vade ile) satın aldın" demesidir. Bu durumda müşterinin sözü mutebcrdir. Çünkü semende aslolan hulûldür (peşin ödemektir.) Ecel (vade) ise arızîdir. Müşteri aslı esas alırken, yemin ettiği takdirde onun sözü kabul edilir. Diğer taraftan akdi yapan kişi semenin niteliğini başkasından daha iyi bilir ve ecel (vade) de şart ile sabit olur. Şefî'de onun hakkında te'cil iddiasında bulunurken, o bunu reddetmektedir. O bakımdan müşterinin sözü kabul edilir.

8. Şuf'anın Şartları

Şuf'a ile satın almanın bir takım şartları vardır ki bunların bir kısmında fakihler arasında ihtilâf vardır. Şartlar aşağıdaki gibidir:

1- Akarın, sahibinin mülkiyetinden kesin olarak çıkması.

2- Akdin karşılıklı ivaz akdi olması. Bu da satış ve satış hükmündeki akidlerdir.

1- el-Bedayi, V, 30-32.

3- Akdin sahih ohması.

4- Şefi'in satın alma vaktinde ve onun lehine şuf'a ile hüküm verileceği zamana kadar malik olması (şefi'in mülkiyet şartı).

5- Şefi'in satışa razı olmaması.

Hanefilerin dışında kalan cumhur, şefi'in ortak olması şartını da koşmuşlardır. Onlara göre komşu için şuf'a yoktur. Bu *şefi* bahsi'nde ele alınmıştır. Aynı şekilde cumhur, satılan şeyin (mebî'in) ortak ile birlikte mecburî paylaştırmayı mümkün kılacak müşa' (ortak kullanılan) bir parça olmasını da şart koşmuşlardır ki, bunu da *meşfû'unfîh* bahsinde ele aldık. Hanefiler ise böyle bir şart ön gönnezler. Fakihler, ortağın satılan bütün payı almasını şart koşmuşlardır ki böylelikle müşterinin satın aldığı şeyin kısımlara ayrılarak zarar görmemesi sağlanmış olsun. Çünkü mebî'in bir kısmı elinden ayrılıp ömür kısmı terkedilirse bu satış kısımlara ayrılmış olacaktır. Bu da onun için zarardır. Bu şartın koşulmasının sebebi ise zararın bir başka zarar ile izale olunamayacağı hükmüdür. Bir kısmını alıp bir kısmını terkedecek olursa şuf'ası da sakıt olur. *Meşfû'unfîh*'in akar olmasının şart koşulmasından söz etmeyi gerekli görmüyorum. Çünkü bunu ikinci bahiste müstakil olarak ele almış bulunuyoruz.

Aynı şekilde *meşfû'unfîh'in* satış esnasında şefi'in mülkü olmaması gerektiği şartı üzerinde durmayı da gerekli görmüyorum. Çünkü onun mülkü olursa, zaten şuf'a vacip olmaz. Zira insanın kendisine ait olan malı mülk edinmesi imkânsız, aynı zamanda da anlamsız bir şeydir. Bu da açıkça anlaşılan bir durumdur. Zira bu, şuf'aya baş vurmayı gerektirecek her hangi bir anlaşmazlık çıkartmaz.

Şuf'anın, rıza veya mahkeme hükmü ile talebine hemen gitme şartı ise, şuf'a icraatında başlı başına bir bahiste ele alınmalıdır.

1- Akarın, sahibinin mülkiyetinden kesin olarak çıkması:

Satılan akarın satanın mülkiyetinden hıyar sözkonusu olmayan, lâzım, nihaî ve kesin bir satış yolu ile çıkması icap eder. Akar *hıyar-ı şart* ile satıldığı takdirde şuf'aya hak kazanılmaz. Bu şart dört mezhebin ittifakı ile kabul edilmiştir. Dört mezhebin alimleri satıcıya hıyarın söz konusu olduğu bir satışta, satış icap edinceye veya lâzım oluncaya kadar şuf'a olmayacağında ittifak etmişlerdir. Buna göre akdin taraflarından her birisinin hıyar hakkı varsa, satıcının da hıyarı olduğundan dolayı satış söz konusu olmaz.

Müşterinin hıyarını ihtiva eden satış hakkında ise ihtilâf edilmiştir. Hanefiler ve daha tercihe şayan ve zahir görüşlerinde Şafiîler şöyle demektedirler [1] Şayet müşterinin hıyar hakkı varsa şuf'a vacip olur. Çünkü Hanefilere göre müşterinin hı-

1- *el-Bedayi*, V, 13; *el-Hidâye, -Tekmiletü'l-Feth ile-* VII, 438; *Tebyînü'l-Hakâik*, V, 253 vd.; *ed Dürrü'l-Muhtâr*, V, 160-167; *el-Kitab ma'a'l-Lübâb*, II, 114; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 299.

yarı, mebîin, satanın mülkiyetinden zail olmasına engel değildir ve çünkü mebî' Şafiîlerce daha tercihe şayan kabul edilen görüşe göre, hıyar müddeti içerisinde müşteriye aittir. Bu, *hıyar-ı şart* ile ilgili olan yanıdır.

Hıyar-ı ayb ile *hıyar-ı ru'yet*'e gelince, bu da şuf'anın vücubuna mani değildir. Çünkü bu, satanın mülkiyetinin zail olmasını engellemez.

Malikîlerle Hanbelîlere göre: [1] Hıyar hakkı olan satışta hıyar bitmeden önce şuf'a sabit olmaz. Hıyarın satana ve satın alana olması ile ikisinden birisine olması arasında fark yoktur. Müşterinin lehine hıyarın varlığı şuf'ayı engeller. Çünkü şuf'a sebebiyle satın almak, müşteriyi razı olmadığı hâlde akdi kabul etmek için ilzâm etmektir ve uhdesini [2] onun aleyhine olmak üzere bağlar. Semenin ayn'ında da rücu hakkını elinden alır. O bakımdan hıyarın satan lehine olması hâlinde olduğu gibi caiz değildir.

2- Akid bir muavaza (karşılıklı ivazlaşma) akdi olması:

Akar sahibinin mülkiyetinden karşılıklı ivaz akdi olan satış ile yahut da karşılıklı kabzetmeleri şartı ile ivaz şartına bağlı olarak hibede olduğu gibi, satış manasında olmadıkça ve karşılıklı ivaz olduğu için de mal hakkında sulh ile akar sahibinin mülkiyetinden çıkmadıkça şuf'a hakkı sabit olmaz. Satılan akarın vakıf olması ile olmaması arasında da fark yoktur.

Satışta şuf'anın gerekli olması, satılan şeyin ivaz (bedel) karşılığında müşteriye intikal etmesindendir. Çünkü daha önce gördüğümüz Hz. Cabir'in rivayet ettiği hadiste şöyle denmiştir: *"(Akarın sahibi) onu (akarı) ona (şuf'a hakkına sahip olana) haber vermeksizin satacak olursa o (şuf'a hakkına sahip olan kişi), onda (akarda) daha bir hak sahibidir."* İvaz şartı ile yapılan hibede, karşılıklı kabzetmeleri hâlinde Hanefîlere göre şuf'a icap eder. Çünkü böyle bir akidte karşılıklı kabz esnasında ivazlaşma manası ortaya çıkar. Çünkü hibe ancak kabz ile sabit olur. Biri kabzeder öbürü etmezse, Hanefî mezhebinin üç imamına göre (Ebu Hanîfe ve iki arkadaşına göre) şuf'a olmaz. İmam Züfer'e göre ise bizzat akid ile şuf'a icap eder. Çünkü üç imama göre ivaz şartı ile yapılan hibe, önce teberru olarak gerçekleşmekle birlikte, nihayette bir muâvaza hâline gelir. Buna göre hibe edilen şeyin de, ivazının da şayi' olmaması şartı vardır. Çünkü bu, başta bir hibedir. Züfer'e göre ise, başta da sonda da bir muavaza olarak bu akid meydana gelir.

İvaz şartı ile hibede Hanefîlerin dışında kalan cumhura göre karşılıklı kabz şartı yoktur. Çünkü onlara göre hibe lâzım bir akidtir. Diğer taraftan *mevhubun leh*

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 256; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 633; *el-Muğnî,* V, 294; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV 181.

2- Burada *uhde* ile kastedilen, satılan hissenin istihkak edilmesi veya bir aybının olduğunun görülmesi üzerine mülkün kendisine intikal etmiş olduğu şefî'in veya müşterinin, mülkün kendisinden intikal ettiği satıcı veya müşteriye semen ile veya eksiklik miktarı ile rücu etmesi demektir. *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 182.

(kendisine hibe edilen), hibe edilen şeyi bir ivaz ile, yani bir mal mukabili mülk edinmektedir. Şuf'anın hak edilebilmesi için -buna göre- kabza ihtiyaç yoktur.

Sulh bedeli olan ev hakkında da şuf'a icap eder. Bu sulhün Hanefîlere göre ikrar, inkâr veya sükût üzere yapılması arasında da fark yoktur; çünkü karşılıklı ivazlaşma manası burada da vardır.

Fakihler arasında -Malik'ten meşhur olan görüşte- bu şart üzerinde ittifak edilmiştir: [1] Buna göre satıcının mülkiyeti, mülkünün üzerinden mutlak olarak ivazsız bir şekilde zail olduğu takdirde -ivaz şartı olmaksızın hibe, vakıf, vasiyet ve miras gibi- şuf'a söz konusu değildir. Çünkü şuf'a mecburî bir mülk edinme hakkıdır. Bu hak ile satılan şey, kendisinin malik olduğunun misli ile (yani ödediği semen ve masraflar karşılığında) müşteriye cebren mülk edinilir. Sözü geçen bu tasarruflar ise mülkiyetin ivazsız olarak nakledilmesi sonucunu verir. O bakımdan şuf'anın mülk edinilmesinde Şari' tarafından ön görülmüş şartın -ki o da ivazlı olarak satmak veya bu manada olan şeylerdir- gerçekleşmesi düşünülemez.

Şu kadar var ki, malî olmayan ivaz (bedel) ile -mehir, hul' bedeli, yahut doktor veya meselâ avukat ücreti yahut ev kirası veya kasten öldürmede sulh için verilen ivazda olduğu gibi- mülk edinmek konusunda, fakihler arasında ihtilâf bulunmaktadır.

Hanefîlerle Hanbelîlere göre: [2] Muavaza akdinin, mala karşı mal olması şartı vardır. Eğer ivaz maldan başka bir şey olursa -değinilen hallerde olduğu gibi- şuf'a söz konusu değildir. Çünkü böyle bir muavazada ön görülen şey mal olmak değildir; bu da hibe edilene veya miras olarak alınana benzemektedir. Çünkü bu gibi ivazların misli yoktur ki şefî' o şeyi misli ile alabilsin. O bakımdan Şari'in şuf'a hakkında ön gördüğü şarta riayet etmeye imkân olmaz. Bu şart ise müşterinin, kendisi ile mülk edinilen şeyin aynısı ile mülk edinmektir. Bu ise o takdirde meşru olmaz. Hanbelîler mebî'in (satılan şeyin) sebebiyle reddetmek veya karşılıklı anlaşarak geri vermek gibi- şuf'anın vacip olmayacağını açıkça ifade etmişlerdir. Hanefîler de şöyle demektedir: Ortaklar, aralarında ortak olan akarı paylaştıracak olurlarsa paylaştırma ile kendilerine komşu olan için şuf'a yoktur. Çünkü bu, kesinlikle bir ivazlaşma değildir. Diğer taraftan ortak, komşudan evlâdır. Şayet şefî', şuf'ayı teslim ederse (hakkından vazgeçerse) daha sonra da müşteri *hıyar-ı ru'yet, hıyar-ı şart* veya *hıyar-ı ayb* sebebiyle hakimin hükmüyle satın aldığını geri verirse şefî'in şuf'ası yoktur. Çünkü böyle bir red (geri çevirme) tam bir fesihtir. Bu durumda mebî' (satılan şey) eskiden nasılsa bu şekilde mülk olmaya devam eder. Şuf'a ise ye-

1- *el-Bedayi,* V, 11; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 239, 252; *el-Hidâye, -Tekmiletü'l-Feth ile-,* VII, 436-438 *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 157, 165; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb ile-* II, 110; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 25[?] vd.; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 287; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 633 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 298, *el-Mühezzeb,* I, 376 vd.; *el-Muğnî,* V, 291; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 152.
2- *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 239, 252-253; *el-Muğnî,* V, 292.

ni bir akid hâlinde söz konusudur. Şayet satılanın geri çevrilmesi hakimin hükmü ile olmamışsa, veya ikisi de ikale yapmış (satışı feshetmiş) iseler bu durumda şefî' için şuf'a söz konusudur. Çünkü bu durumda red, her iki taraf hakkında fesih ve üçüncü bir kişi hakkında da yeni bir satıştır. Çünkü satış manasının varlığı söz konusudur (o da karşılıklı rıza ile malın mal ile mübadelesidir) ve burada üçüncü kişi de şefî'dir. [1]

Malikîlerle Şafiîlere göre: [2] akdin karşılıklı ivaz akdi olması yeterlidir. Mal mukabili yapılması ile maldan başka şey karşılığında yapılması arasında fark yoktur. Malın dışında şeyler üzere muavaza ile şuf'a sabit olur. Çünkü bundan maksat yeni sahibin zararını önlemektir ve bu da burada gerçekleşmektedir. Çünkü bu akar karşılıklı ivaz akdi ile mülkiyet altına alınmaktadır. O bakımdan satışa benzer. Böyle bir durumda şefî' bedelin kıymetini ödeme talebinde bulunur, tıpkı ticarî bir mal karşılığında satınası hâlinde olduğu gibi. Çünkü bu gibi ivazlar da onlara göre kendilerine kıymet biçilebilen (mütekavvim) mallardır. Mislin alınmasına imkân olmadığı hâlde bir şey kıymeti ile alınır. Meselâ şefî' mehr-i misli veya hul' bedelini öder.

3- Akdin sahih olması:

Bu şart üzerinde fakihlerin ittifakı vardır. [3] Çünkü istenen şey, satılan şeyde satanın hakkının ortadan kalkmasıdır. Fâsit bir alım ile alınan şeyde şuf'a sabit olmaz. Çünkü böyle bir akdin dinen nakzedilmesi icap eder ve mebî'in satıcının mülkiyetine geri verilmesi gerekir ki, fesattan kurtulmak mümkün olabilsin. Bu durumda satış lâzım da değildir, çünkü tarafların her biri tarafından feshedilme ihtimali vardır. Böyle bir satışta şuf'a hakkını kabul etmek ise, fesâdı da onaylamak demektir.

Fakat feshi düşüren -satılanın artışı müşterinin başkasına vermek suretiyle yaptığı tasarruflar ile mülkiyetinin yok olması gibi- sebeplerle fasit satışın fesih hakkı düşecek olursa, Hanefîlerle Malikîlere göre [4] şefî'in onu şuf'a ile almak hakkı olur. Çünkü bu hakkı engelleyen, fesih ihtimalinin varlığıdır; bu mani de artık ortadan kalkmıştır. Kişinin kendisine *hıyar-ı şart'ı* koşarak satması ve sonra da onu iskat etmesi hâlinde olduğu gibi. Böyle bir durumda da şuf'a icap eder. Çünkü hakkın sübutunu engelleyen mani -o da hıyardır- ortadan kalkmıştır. Bu da verdiğimiz örnek gibidir.

Müşterinin satın aldığı şeyi fasit bir satış ile satınası hâlinde de Hanefîlere göre şefî' muhayyer olur. İsterse şuf'ayı ilk satış ile alır, isterse ikinci satış ile alır. Çün-

1- *el-Lübâb,* II, 120 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 152 vd.
2- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 255; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 287; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 298.
3- *el-Bedayi,* V, 13; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 254; *el-Lübâb,* II, 114; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 640; *Muğni' Muhtâc,* II, 298; *el-Muğnî,* V, 291.
4- *el-Bedayi,* V, 13; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 640.

kü şefî'in hakkı her iki satışta da sabittir. Şu kadar var ki, ikinci satış ile alacak olursa semeni ile alır, birinci satış ile alırsa kabz günü satılan kıymeti ile alır. Çünkü fasit bir satış, mebîin semeni ile değil de kıymeti ile mülk edinmeyi ifade eder ve kıymet de kabz gününde ki kıymet olarak takdir edilir. Zira fasit satış ile satılan kabz ile - gasbedilende olduğu gibi- tazminat altında olur.

Dördüncü bahsin başlarında açıklamış olduğumuz gibi, Malikîlerin görüşü de buna yakındır.

4- Satış vaktinde şefî'in meşfû'un bih'e (şuf'aya konu olan şeye malik olması:

Fakihler şefî'in kendisi sebebiyle şuf'a hakkını elde ettiği şeye satıştan önce malik olması gerektiği şartı üzerinde ittifak etmiş, şuf'a ile hüküm verilinceye kadar mülkiyetin devam etmesi gereği konusunda da farklı iki görüş ortaya atmışlardır:

Hanefîlere göre: [1] Şefî'in lehine şuf'a ile hüküm verilinceye kadar mülkiyetinin devamı şarttır. Eğer bir akar satılsa ve ortak veya komşu, şuf'a sebebiyle ona talip olsa, sonra da kendisi sebebiyle şuf'a hakkını elde ettiği o şeyi satsa, ondaki hakkı sakıt olur. Çünkü şuf'a şefî'den (ortaktan veya Hanefîlere göre komşudan) gelebilecek zararı önlemek için meşru kılınmıştır. Kendi mülkü olan şeyi sattıktan sonra ise müşteriden kendisine her hangi bir zarar gelmez.

Aynı şekilde şefî', lehine şuf'a ile hüküm verilmeden önce şuf'aya konu olan şeyi satacak olsa, meşfû'un fîh olan evin satıldığını bilsin yahut bilmesin, hakkı sakıt olur.

Hanefîlerin dışında kalan fakihlerin cumhuru şöyle demektedir: [2] Şefî'in mülkiyetinin sübutu, sadece satış vakti hakkında şarttır. Şuf'a ile hüküm verilinceye kadar mülkiyetinin devamı şartı yoktur. Şafiîler ifadelerinde bunu açıkça belirterek şöyle demişlerdir: Şefî' hissesini satsa yahut hibe gibi satış dışındaki yollarla mülkiyetinden çıkarsa ve şuf'adan da haberi yoksa esah olan görüşe göre şuf'a batıl olur. Çünkü sebebi de zail olmuştur. Bu sebep de ortaklık yahut satış zamanıdır.

a) Bu şarta göre ittifak ile şu sonuçlar terettüp eder: Bir kimsenin bir evde icare yahut ariyet yolu ile oturan kişiye şuf'a hakkı yoktur. *Meşfû'un fîh'in* satışından önce kendisinin sattığı, mescide dönüştürdüğü veya vakıf ettiği evi dolayısıyla da şuf'a söz konusu değildir. Vakfın lehine şuf'a yoktur. Yani vakfın nazırı, vakfedil-

1- *el-Bedayi,* V, 14; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 446; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb,* II, 113; *ed-Dürrü'l Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 157, 170.

2- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 26●; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 287; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 298, 303, 308 vd. *Nihâyetü'l-Muhtâc* IV, 308; *el-Mühezzeb,* I, 383; *el-Muğnî,* V, 317, 346; *Gayetü'l-Muntehâ,* II, 263; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 153, 158, 176; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 645; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 474 487.

miş araziye yakın satılan akarın mülk edinilme talebinde bulunamaz. Çünkü vakfın hakiki bir maliki yoktur.

Vakfedilmiş olan ayn'ı zaruret yahut ihtiyaç ve maslahat sebebiyle değiştirmenin caiz olduğunu kabul eden Hanefîlere göre, vakıf satıldığı takdirde komşunun şuf'a hakkı sabit olur. Çünkü bu satış ile artık o vakıf olmaktan çıkar. O bakımdan şuf'a sebebiyle onu almak da caiz olur.

Hanefîlere göre öşür veya haraç arazisinin satılması hâlinde, şuf'a hakkının sabit olacağı şeklinde hüküm verilmemiş [1] vakfedilmiş akarın satılması hâlinde de şuf'a sabit olur. Ancak sultanî (mirî) arazilerde durum böyle değildir; bu gibi arazilerde şuf'a yoktur.

Malikîler [2] İslâm devlet başkasının beytülmal lehine şuf'a sebebiyle satın almasını caiz kabul etmişlerdir. Şu durum buna örnektir: İki ortaktan birisi mirasçı bırakmaksızın ölse, devlet yöneticisi de beytülmal adına onun payını alsa, daha sonra öteki ortak da kendi payını satsa, bu durumda devlet yöneticisi beytülmal lehine şuf'a ile satın alabilir. Yine bir kişi -meselâ- geriye bir kız bırakarak vefat etse, o kız da hissenin yarısını aldıktan sonra satsa, devlet yöneticisi beytülmal adına o müşteriden orayı satın alabilir.

b) Kendisi sebebiyle şuf'anın söz konusu olduğu mülkün (meşfû'un bih'în) mülkiyetinin devamı şartı hakkında fakihler arasında işaret edilen bu görüş ayrılıkları ile ilgili olarak şuf'a hakkının miras alınması fer'î bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hanefîlere göre: Şuf'a talebinden sonra, fakat hakimin hükmünden önce şefî' ölecek olursa, şuf'a sebebiyle satın alma hakkı mirasçının lehine sabit olmaz. Miras bırakanın hayatında satılan bir akarda mirasçı için şuf'a hakkı yoktur. Çünkü mirasçı akid vaktinde miras aldığı şeyin maliki değildi.

Cumhura göre: Miras bırakan şefî', satıştan sonra ve ölümünden önce şuf'a talebinden sonra, fakat hakimin hükmünden önce şuf'a talebinde bulunacak olursa, mirasçının lehine de şuf'a hakkı sabit olur. Talepten önce ölmesi hâlinde ise durum aksinedir. Bunun sebebi ise, mirasçının miras bırakanın halefi olmasıdır. Ölen kişinin bütün hakları mirasçınındır. Şuf'a da böyledir. Böylelikle sonradan girecek ortağın zararı önlenmiş olur.

Bu mesele hakkındaki görüş ayrılığının menşei, *hıyar-ı şart*'ın miras kalması hakkındaki ihtilâf gibidir: Haklar acaba malların miras alındığı gibi miras alınır mı? Ebu Hanife'ye göre miras alınmaz; Cumhura göre ise miras alınırlar. [3]

1- Ebu Hanife vakfın lâzım (bağlayıcı) olmadığını ve vakfedenin mülkiyetinin ondan zail olduğunu kabul etmektedir. Ancak hakim bu konuda hüküm vermiş ise yahut kişi onu kendisinin ölümünden sonra kaydıyla vakfetmişse müstesnadır. *el-Hidâye,* III, 10.

2- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 632; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 474

3- *el-Mebsût,* XIV, 116.

5- Şefî'in satışa razı olmaması ve bunun hükmü:

Fakihler şefî'den *meşfû'un fîh* (şüf'a ile alınmak istenecek) akarın satışına razı olduğuna delil olacak her hangi bir şeyin sadır olmamasının şart olduğu üzerinde ittifak etmişlerdir. Eğer şefî' satışa veya satış hükmüne sözüyle veya fiiliyle razı olursa, meselâ şefî'in kendisi *meşfû'un bih*'i satacak olarsa veya özürsüz olarak uzun bir süre sesini çıkarmadan itiraz etmezse, şuf'a talebi hakkı sakıt olur. Çünkü şefî' almak veya almamak arasında muhayyerdir. Zira şuf'a şefî'in lehine ona gelebilecek bir zararı önlemek için sabit olmuş bir haktır. O bakımdan bu hakkını kullanmak ile kullanmamak arasında muhayyer bırakılmıştır.

Malikîler, susma müddetini tayin ederek şöyle demişlerdir: Şefî'den şuf'ayı iskat ettiğine delâlet edecek her hangi bir söz yahut bir fiil veya akidten sonra her hangi bir mani olmaksızın bilmekle ve hazır olmakla birlikte tam bir sene veya daha fazla bir süre susması da böyledir.

Fakat bu hakkın sakıt olması için müşteri yahut semen veya satılanın miktarı yolu ile şefî'in şuf'a hakkını iskat etmesini sağlamak maksadıyla her hangi bir kandırma veya gerçekleri gizlemenin olmaması da şarttır. (1)

Meselâ, ona: "Müşteri filân kişidir," diye bildirilse, fakat aslında başkası olsa, yahut: "Semen şu kadardır.." denildiği hâlde fiilen daha az yahut başka bir cinsten başka türden veya başka bir nitelikte olsa yahut: "Satılan muayyen bir cüzdür" denilmekle birlikte, gerçekte o cüz daha fazla veya daha az olursa ve o da şuf'ayı teslim etse yani şuf'a hakkını kullanmak istemese ve sonra da hakikatin başka türlü olduğu ortaya çıksa, hakkı bakidir ve şuf'a hakkını kullanabilir. Çünkü o bu hakkı, öyle olmadığı ortaya çıkan bir sebep dolayısıyla terketmiş; ondan yüz çevirdiğinden dolayı terketmemişti.

Ancak sözü geçen bu üç durumdan bazı hallerde, durum aksine olursa, meselâ semenin bin olduğu ona söylendiği hâlde binden fazla olduğu ortaya çıkarsa, yahut mebî'in (satılan şeyin) tümü olduğu söylendiği hâlde bir kısmı olduğu anlaşılsa veya semenin müeccel olduğu söylenmekle birlikte peşin ve nakit olduğu anlaşılsa şuf'adaki hakkı sakıt olur. Çünkü kendisi daha az semene veya veresiyeye razı olmayınca daha fazlasına veya peşin ödemeye razı olmaması öncelikle söz konusudur. Bütününü almayı arzu etmeyen kimsenin cüz'î bir kısmını satın almak istememesi daha uygundur. Bu son durum Hanefîlerde meşhur (zâhirü'r-Rivâye) olan rivayettir. Malikîlerin mezhebi de budur. Yani şuf'a şayet şefîe ortağının tümünü sattığı haber verilse ve bundan dolayı şuf'ayı terketse, daha sonra, meselâ sadece yarısını satmış olduğu ortaya çıksa şuf'a sakıt olur.

1- *el-Bedâyi'*, V, 15, 19-20; *el-Mebsût*, XIV, 105, 111; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr*, V, 173; *el-Lübâb*, II, 118; *eş-Şerhu's-Sağîr*, III, 643 vd.; *Nihâyetü'l-Muhtâc*, IV, 159; *el-Mühezzeb* I, 379; *Muğni'l-Muhtâc*, II, 308; *el-Muğnî*, V, 302; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 286.

Ebu Yusuf ile Hanbelîler ise şöyle demektedir: Bu son durumda şefî'in şuf'a hakkı vardır. Çünkü o tümünün semenini ödemekten aciz olmakla birlikte, meselâ yarısının semenini ödemeye kadir olabilir. Kimi zaman da mülkünün merafıkını tamamlamak maksadıyla yarısına ihtiyacı olabilir; tamamına ihtiyacı bulunmayabilir.

Kısaca; cumhura göre şefî'e kendisi için daha faydalı olan şey haber verildiği halde, o şuf'a ile satın almayı terkedecek olursa, hakkı batıl olur, değilse olmaz.

Şuf'ayı İskat İçin Hile Yapmak:

Sübutundan, yani satıştan sonra şuf'ayı iskat etmek için hileye başvurmanın tahrimen mekruh olduğu üzerinde Hanefîlerin ittifakı vardır. Satıştan önce şuf'anın sübutunu önlemek için hile (çare, çıkar yol) ise fetvaya esas görüş olan Ebu Yusuf'tan şu rivayet edilmektedir: Eğer komşunun meşfû'un fihe ihtiyacı yok ise, hile mekruh değildir. Çünkü bu hile hakkın ispatını önlemek içindir, dolayısıyla bu bir zarar kabul edilmez. İmam Muhammed'e göre ise mekruhtur; çünkü şuf'a ancak zararı önlemek maksadı ile meşru olmuştur. Eğer bizler hileyi (şuf'a hakkının sabit olmaması için çareyi) mübah kabul edecek olursak, zararın def'i gerçekleşmiş olmaz. (1)

Kısaca, Hanefîler ve Şafiîlerce kabul edilen görüş şudur: Şuf'ayı iskat etmek için bazı hileli yollara (çarelere, çıkar yollara) başvurmak caizdir. Meselâ, önce mülkün bir kısmını onun lehine ikrar edip geri kalan kısmını da daha sonra satması böyle bir çaredir.

Hanbelîlerle Mâlikîlere gelince bunlar şuf'a hakkını iskat için hileye başvurmayı açıkça haram kabul etmişlerdir. Böyle bir hileye başvuracak olurlarsa da sakıt olmaz. Çünkü şuf'a zararı def'etmek için meşru kılınmıştır. Hileli yollarla sakıt edecek olursa zarar terettüp eder. (2)

9. Şuf'a İcraatı

Fakihlerin ifade ettiği şekliyle şuf'a zayıf bir hak olduğu için bu sebeple mülk edinme yolu, ancak şefî'in lehine şuf'a hükmünün verilebilmesini sağlayan, bir takım icraat ile mümkün olabilir. Hanefîler şöyle demektedir: Şuf'ada üç talebin yerine getirilmesi gerekir: Muvâsebe (sür'atli ve gecikmesiz) talebi, takrir (te'kidi) ve şahit tutmak ile talep, bir de husumet (dava açmak) ve mülk edinme talebi. (3) Bu uygulamalardan söz etmeden önce şuf'anın vücup vakti hakkında fakihlerin görüş

1- *el-Hidâye -Tekmiletü'l-Feth ile-,* VII, 450; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* ve *Reddü'l-Muhtâr* V, 173; *el-Lübâb,* II, 118.

2- *el-Muğnî,* V, 326 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 149 vd.; *el-İfsâh,* 276.

3- *Mecelle,* madde 1028; *el-Bedâyi',* V, 17; *Muhtasaru't-Tahâvî,* 120 vd; *Tekmiletu Fethi'l-Kadîr* VII, 416, 418 vd.; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 242; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 157 vd.; *el-Lübâb,* II, 107, 112.

ayrılıklarını açıklamak yerinde olur.

Şuf'anın vücup vakti:

Hanefîler şuf'a talebinin, satışının öğrenilmesinin hemen akabinde olmasını şart koşmuşlardır. Çünkü şuf'a zayıf bir haktır. Mutada göre yapılan fevrî (hemen ve gecikmesiz) talep ile bu hak, kuvvet tazanır.

İmam Malik ise hemen (fevren) şuf'a talebinde bulunmayı şart koşmamaktadır. Ona göre şuf'a ile almanın vücup vakti, oldukça geniştir. Ondan gelmiş en meşhur görüşlerden birisine göre bu vakit akidten sonra bir sene ile sınırlanmıştır.(1)

Azhar görüşlerinde Şafiîler (2) şuf'a talebinde fevren bulunmayı şart koşmuşlardır. Yani şefî'in, satışı öğrenmesinin akabinde bu talepte bulunması gerekir. Çünkü bu hak, zararı defetmek için sabit olmuştur. O bakımdan bu talebin hemen yapılması, ayb (kusur) sebebiyle satışı geri çevirmek gibidir. O bakımdan şefî' satışı öğrenir öğrenmez âdet üzere elini çabuk tutmalıdır. Meselâ, şefî' namazda, hamamda veya def-i hacet esnasında bu satışı öğrenirse, yapmakta olduğu işi yarıda bırakması gerekmez. İçinde bulunduğu bu durum bitinceye kadar geciktirmek hakkına sahiptir. Bu konuda esas ilke de şudur: Şuf'a talebinde ağırdan alma sayılan davranış, hakkı iskat eder, öyle olmayan davranışlar ise iskat etmez.

Şayet hasta yahut müşterinin beldesinde bulunmamak veya düşmandan korkma durumlarında, gücü yetiyorsa vekil tayin etmelidir. Değilse bir adil erkek ile iki kadını şahit tutmalıdır. Eğer vekil ve şahit tutmaya gücü yeten şefî' gücü yettiğini terkedecek olursa, azhar görüşe göre hakkı batıl olur.

Hanefîler de Şâfiîler gibi şöyle derler: (3) Mücerret satışı öğrenir öğrenmez hemen (fevren) şuf'a talebinde bulunmak şarttır. Bu da şefî'in şuf'a talebinde bulunduğunu, satışı öğrenir öğrenmez şahit tutması ile olur -tabii ki bu talepte bulunmasını önleyecek bir mazereti yoksa- Şuf'a talebinde bulunacağına dair şahit tuttuktan sonra müşteri ile davalaşabilir. Aradan bir kaç gün yahut bir kaç ay, yahut bir kaç sene geçse dahi bu hakkı vardır.

Böylelikle cumhurun şöyle dediği anlaşılmaktadır: Şuf'a fevren olur. Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Şuf'a yuları çözmek gibidir."* (4) Diğer taraftan şuf'anın mühlet verilerek sabit olması (terâhi), mülkiyetinin istikrar kazanmaması sebebiyle müşteriye zararlı olabilir.

Malikîler ise fevrî olma şartını koşmamışlardır. Şefî' akidten sonra her hangi

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 487 vd.; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 639, 645; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 259.

2- *el-Mühezzeb,* I, 380; *Muğnî'l-Muhtâc,* II, 307; *Hâşiyetu'l-Bâcûri,* II, 19; *el-Muhallâ, ale' Minhâc,* III, 50.

3- *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 156; *el-Muğnî,* V, 299, 306 vd.

4- Bu hadis-i şerifi İbni Mace, Bezzâr ve İbni Adiyy, İbni Ömer'den rivayet etmişlerdir; *zayıf* bir hadistir. *Nasbu'r-Raye,* IV, 176 vd.

bir mani olmaksızın tam bir sene veya daha az bir süre susacak olsa veya bu sene içerisinde oradan ayrılıp, sonra tekrar dönse ve arkasından şuf'a talebinde bulunsa, alabilir. Çünkü susmak, halin karineleri ile iskatına delil bulunmadığı sürece, her hangi bir Müslümanın hakkını iptal etmez. Ancak müşterinin satın aldıktan sonra hakime müracaat ederek şefî'den durumunu belirlemesini isteme hakkı vardır: Ya şuf'a ile satın alır veya terkeder. Şayet şefî' bunlardan her hangi birisini kabul edecek olursa, durumun ne olacağı açıktır, değilse hakim onun şuf'a hakkını iskat eder.

Şuf'a talebinde bulunmanın merhaleleri:

Hanefîlere göre: Şefî' aşağıdaki şekilde şuf'a talebinde bulunmaya başlar:

1- Muvâsebe (Sürat) *talebi:* Yani bu işi hemen ve hızlıca yapmak. Bu da şefî'in satışı öğrendiği mecliste şuf'a yoluyla satın aldığını anlatacak bir söz söylemesidir. Mesela, "Şuf'a talebinde bulunuyorum, ben onu istiyorum," yahut "Ben bu satılan şeyin şefî'iyim" veya "şuf'a sebebiyle onu talep ediyorum" vb. sözler söylemelidir [1] Çünkü Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Şuf'a onu hemen isteyen içindir."* [2] Şefî'in bu talebine şahit tutmasına lüzum yoktur, fakat tutarsa daha efdaldir. Çünkü hasmın (müşterinin) mahkeme huzurunda bu talebi inkâr veya reddetmesinden korkulur. Muteber olan, talepte bulunmaktır; şahit tutmak ise inkâr esnasında şehadetle bu talebin tesbiti içindir. Yıkılmaya yüz tutmuş duvarı yıkmak için şahit tutmakta olduğu gibi. Tazminatını ödemek için şahit tutmak şart değildir. Ancak bu tazminat sebebinin tespiti içindir.

Dikkat edilecek olursa Hanefîlerce kabul edilen iki rivayetten esah olanına göre, satışı öğrendiği mecliste kalmaya devam ettiği sürece, bu süre ne kadar uzarsa uzasın, talep hakkı da devam eder.

Daha önceden de açıklamış olduğumuz gibi, Şafiîlerdeki azhar görüş ise, talebin hemen (fevren) yapılmasıdır.

Aynı şekilde Hanbelîler'de de böyledir: Satışı öğrendiği anda yani fevren şuf'a talebinde bulunmak icap eder.

Malikîlere göre ise önceden de açıklamış olduğumuz gibi, talepte bulunmanın, İmam Mâlikin en meşhur olan görüşüne göre terâhî üzere bir yıllık süresi vardır.

2- Takrîr (Te'kidî) talebi: Bu da şefî'in, birinci talebini tekit eden bir başka talepte bulunmasıdır. Çünkü birinci talep şefî'in ârizî bir isteği dolayısıyla olabilir ve

---

1- *Mecelle,* madde: 1029.

2- Fakihler kitaplarında rivayet etmekle birlikte bu hadis Zeylaî'nin söylediği gibi *garib*dir. Abdürrezzak bunu Şureyh'in bir sözü olarak: *"Şuf'a hemen isteyen içindir"* şeklinde rivayet etmiştir. Buna göre bu tabîinden gelen bir eser olup hadis değildir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 176.

arkasından şartlarını ve maddî imkânlarını açıkça öğrendikten sonra kanaati değişebilir. O bakımdan birinci talebin tekit ve takrîr edilmesi yani desteklenmesi kaçınılmaz bir durumdur. [1]

Bu takrirî talepte ilk talebin hemen peşinden olması ve buna şahit tutulması şartı aranır. Yani şefî', şuf'a arzusuna iki erkek veya bir erkek ve iki kadını şahit tutmalıdır. Bu talebin süresi ise çoğu hâllerde hemen meclisin akabinde olmayıp şahit tutma imkânını elde edebilme müddeti ile takdir edilmiştir.

Eğer mebî (satılan şey) onun elinde bulunuyorsa satıcıya veya henüz satılan şeyi teslim almamış olsa dahi müşteriye, şahit tutulabilir. Çünkü hak ona taalluk etmektedir. Şahit tutmak ve talepte bulunmak şekli de şöyledir: Şefî' der ki: "Filan kişi bu evi satın aldı ve ben buna şefî oluyorum; daha önce de şuf'a talebinde bulunmuştum, halen de talep ediyorum, siz de buna şahit olun" gibi ifadeler kullanır.

Dikkat edilecek olursa, bu talebe şahit tutmak, -muvâsebe talebinin sıhhatı için şart olmadığı gibi- bu talebin sıhhatı için şart değildir. Bu sadece hasmın inkârına karşı talebi sağlam bir belgeye bağlamak içindir.

Şayet şefî' uzak bir yerde bulunur ve bu şekilde takrir ve şahit tutma talebinde bulunma imkânını bulamazsa, başkasını vekil tayin eder. Eğer vekil bulamıyor ise, yazılı bir mektup gönderir.

Eğer şefî' şahitler önünde ve satılan malın elinde bulunması hâlinde satıcının, yahut müşterinin veya bizzat mebîîn kendisinin yanında şahitler huzurunda muvâsebe talebinde bulunacak olursa, bu talebi onun takrîr talebinin yerini de tutar. Çünkü maksat bununla hâsıl olur, bu da onun şuf'a talebinde ısrarlı olduğunu göstermektedir.

Talebin Hükmü: Şefî' takrir talebini yerine getirdiği takdirde onun şuf'ası yani hakkı artık kesinleşir ve Ebu Hanîfe'ye Ebu Yusuf'tan gelen bir rivayete göre bundan sonraki gecikt irmeler ile hakkı sakıt olmaz. Mezhebin zahir görüşü budur ve fetva da buna göre verilmektedir. Çünkü hak, sabit olup karar verildiği takdirde ancak iskât ile sakıt olabilir.

İmam Muhammed ise şöyle demektedir: "Eğer şahit tuttuktan sonra özürsüz olarak bir ay süre ile bu hakkını bırakacak olursa, şuf'ası batıl olur. Böylelikle müşteri geciktirmeden dolayı zarar görmemiş olur." Kimi Hanefîler de şöyle demiştir: "Günümüzde fetva İmam Muhammed'in görüşüne göre verilir. Çünkü zarar bakımından insanların durumunda değişiklikler meydana gelmiştir. *Mecelle*'nin 1034 ncü maddesinde de bu görüş esas alınmıştır.

1- *el-Bedâyi',* V, 18-19; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 419 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 158; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 243 vd.; *el-Lübâb,* II, 108-109; *Mecelle,* madde 1020.

Hanbelîler ise şöyle demektedir: Talepte bulunmaya dair şahit tutulduğu takdirde şefi' müşteri ile senelerce sonra dahi olsa mahkemeleşebilir, dava açabilir. Malikîler şuf'anın ilk talebi için tam bir sene süre tayin etmişlerdir. Her hangi bir mani olmaksızın akidten sonra tam bir sene susacak olsa veya bir yıkım yahut bina yapıldığını bilmesinden sonra, mani olmaksızın susacak olsa, onun şuf'a hakkı sakıt olur. Çünkü onun bu susması şuf'a sebebiyle satın almak istemediğinin delilidir.

3- Husûmet (Dava) ve temellük (mülk edinme) talebi: Bu da şefi'in şuf'a ile hükmetmesi ve satılan şeyi teslim etmesi talebinde bulunmakla olur. şöyle demekle olur: "Filân kişi şu evi satın aldı, ben de bana ait olan filan ev sebebiyle onun şefi'iyim" yahut: "Ben onun o evde ortağıyım, bundan dolayı ben onun o evi bana teslim etmesini istiyorum" (1)

Bu taleplerde bulunmayı geciktirmenin cezası:

Şefi' satışı öğrendiği mecliste her hangi bir özür olmaksızın muvasebe talebini geciktirecek olsa, meselâ bir başka işle uğraşsa veya bir başka konu ile ilgilense veya şuf'a talebinde bulunmaksızın o meclisten kalkıp gitse şuf'a hakkı sakıt olur. Eğer meselâ, vahşi bir hayvan veya bir selin bulunması gibi tehlikeli bir engelin varlığı türünden sebeplerle hemen talepte bulunmayı önleyecek bir özür bulunuyor ise, bu engel yok oluncaya kadar şuf'a batıl olmaz. (2)

Eğer şefi', takrîr (talebi yineleme) ve şahit tutmak, bir mektup göndermek yoluyla dahi yerine getirmeyip, bu talebini icrası mümkün olarak bir süre kadar geciktirecek olsa, şuf'a hakkı sakıt olur. *(Mecelle,* madde, 1033)

Eğer şefi' takrir ve şahit tutma talebinden sonra bir ay süre husûmet (dava açma) talebini geciktirecek olursa, meselâ, bir başka beldede bulunmak gibi şer'î bir özür olmaksızın bunu geciktirmiş ise, şuf'a hakkı sakıt olur. *(Mecelle,* madde, 1034)

Hacir altındaki (Mahcur) adına şuf'ayı talep eden: Fakihlerin çoğunluğuna göre küçüğün şuf'a yoluyla sıtın alma hakkı vardır. Böyle bir durumda veli, küçüğün ve ona benzer hacir altındakilerin şuf'a haklarını talep eder. O bu konuda küçük için göreceği maslahata uygun davranır. Meselâ, satılanın semeni ucuz olur veya semen-i misil ile alacaksa ve küçüğün de o akarı satın alacak kadar malı varsa bunu yapabilir. Veli şuf'a sebebiyle satın alacak olursa, küçük baliğ olduktan sonra bunu nakzetmek imkânına sahip değildir; bu konuda dört mezhebin de ittifakı vardır.

Şayet veli küçüğün şuf'a hakkını talep etmeyecek olursa, Ebu Hanîfe ve Ebu Yusuf'a göre bülüğdan sonra şuf'a hakkını talep etme yetkisi kalmaz. Çünkü şuf'a sebebiyle alma yetkisine saip olan kişi onu affetmek yetkisine de sahiptir; mâlik gi-

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 158 vd.
2- *el-Bedâyi',* V, 18; *Mecelle,* madde, 1032.

bidir.

Malikîler'le Şafiîler de şöyle demektedir: Velisi, küçük için gördüğü bir maslahat sebebiyle yahut küçüğün satın alacak malı olmadığı için şuf'a talebinde bulunmaz (affetmiş) ise, küçük bâliğ olduğu takdirde şuf'a talebinde bulunamaz; şuf'a hakkı sakıt olur. Çünkü veli yapabileceği şeyi yapmıştır. Dolayısıyla küçüğün onu farketmesi caiz olamaz. Satış ile geri çevirmekte olduğu gibi. Çünkü bu, küçüğün her hangi bir payının olmayacağı bir akidtir. Eğer veli şuf'ayı durumu düşünmeksizin ve maslahatı takdir etmeksizin ıskat etmiş ise, bu hak sakıt olmaz ve baliğ olduğu takdirde küçüğün şuf'a hakkı olur.

Hanbelîler ile Hanefîlerden İmam Zufer ile Muhammed şöyle demektedir: "Veli ister şuf'ayı affetsin ister etmesin, ister şuf'ayı almak veya almamakta maslahat bulunsun ya da bulunmasın, baliğ olduğu takdirde şuf'a ile alma imkânına da sahiptir. Bu konuda onun payının olması ile olmaması arasında fark yoktur. Çünkü şuf'a küçüğün lehine sabit olan bir haktır. Veli onu iptal etme hakkına sahip değildir. Küçüğün dışındakilerin terketmesiyle şuf'a hakkı sakıt olmaz. Gaib olanın vekilinin şuf'a sebebiyle almayı terketmesi hâlinde olduğu gibi." [1]

Hakimin şuf'a talebine bakması ve davaların ispatı:

Şefî', şuf'a talebiyle satın almak için öne geçer ve hakkında şuf'a söz konusu olan evi satın alma iddiasında bulunursa [2] hakim evvelâ şefî'e evin bulunduğu yeri ve sınırlarını sorar. Çünkü ev ile ilgili bir hak iddia etmektedir. Daha sonra müşterinin bu evi kabzedip etmediğini sorar. Zira kabzetmemiş ise müşteri aleyhindeki davası satıcıyı da huzura getirmedikçe sahih olmaz.

Daha sonra hakim, şefî'in şuf'a sebebini ve kendisi sebebiyle şuf'ada bulunduğu akarının sınırlarını sorar. Çünkü bazan bu iddiasını uygun olmayan bir sebebe dayalı olarak da yapabilir. Arkasından takrîr talebi hakkında ve nasıl yaptığını, kimi şahit tuttuğunu sorar. Bütün bunlar tahakkuk etmiş ise bu dava sahih olur.

Daha sonra hakim müddea aleyhe (davalıya) kendisi sebebiyle şuf'a hakkını elde ettiği şeye şefî'in malik olup olmadığını sorar. Eğer davalı şefî'in kendisi sebebiyle şüf'ada bulunduğu akarın maliki olduğunu ikrar edecek olursa mesele yoktur. Ancak onun malik olduğunu inkâr edecek olursa, hakim şefî'den oraya malik oluduğuna dair açık bir delil getirmesini ister. Çünkü zahiren elde bulundurmak, hak sahibi olduğunu ispat etmek için yeterli değildir.

Şayet şefî' açık delil getirmekten aciz olursa şefî'in isteği ile müşteriye yemin

---

1- *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 436, 451; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 263; *Mecelle,* madde 1035; *eş Şerhu's-Sağîr,* III, 645; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 486; *el-Muğnî,* V, 313-314; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV 161 vd.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 159; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 421; *el-Lübâb,* II 111; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 244 vd.

ettirir. Müşteri de, bu şefı'in şuf'aya konu olan şeye sahip olduğunu bilmediği konusunda Allah adına yemin eder.

Şayet müşteri yemin etmek istemezse veya şefı'in lehine ortada açık bir delil bulunursa, şuf'aya konu olan evin maliki olduğu sabit olur; dolayısıyla şuf'a hakkı da onun aleyhine sabit olur.

Daha sonra hakim yine müddea aleyhe (davalıya) sorar: "O gerçekten şuf'a ile talep edilen evi satın aldı mı, almadı mı?" Aldığını kabul ederse mesele yok; almadığını söylerse bu sefer şefı'e: "Onu satın aldığına dair açık delil getir." der. Çünkü şuf'a, ancak satışın delil ile tespit edilmesinden sonra sabit olur.

Şayet şefı' böyle bir delil getirmekten aciz olursa, satın alan kişiden; bu evi satın almadığına dair Allah adına yemin etmesi istenir veya şefı': "Söz konusu ettiği yolla bu evin şuf'asına benim aleyhinmde hak sahibi değildir" diye Allah adına yemin eder.

Eğer müşteri yemin etmeyecek olursa veya satın almayı kabul eder yahut şefı' bunun delilini ortaya koyarsa, müşteri şefı'in lehine şuf'a hükmünü verir. Şayet şefı'in şuf'a talebinde bulunduğunu inkâr edecek olursa yemini ile birlikte müşterinin sözü kabul edilir. (1) Şayet müşteri muvâsebe (sür'at) talebini inkâr ederse, bu talepte bulunduğunu bilmediğine dair yemin eder. Eğer takrir talebini inkâr ederse, kesinlikle böyle bir şeyin hasıl olmadığına dair yemin eder.

Dikkat edilecek olursa şefı'in hasmı mutlak olarak müşteridir. Satılan şeyi teslim almış olması ile almamış olması arasında fark yoktur; çünkü o maliktir. Teslimden önce ise satıcıdır; çünkü henüz mülkiyeti elinde bulunmaktadır.

Ancak satanın aleyhine müşteri hazır olmadığı sürece beyyine (delil) dinlenmez. Çünkü malik olan odur. Onun hazır olması ile de feshedilebilir. Eğer mebî'i (satılan şeyi) müşteriye teslim etmiş ise, satıcının huzura gelmesine gerek yoktur; çünkü hem mülkiyet ondan kalkmıştır, hem de mülk onun elinde değildir. (2)

10. Müşterinin Elinde iken Meşfû'un Fîh'te Meydana Gelen Değişiklikler

Mahkemenin Şefı'in lehine şuf'a ile hüküm vermesinden önce müşterinin elinde bulunan *meşfû'un fîh*'te, mülkiyeti başkasına geçiren satış ve hibe gibi yahut icare ve iarede olduğu gibi intifâ' ve başka hakları doğuran yahut inşaat yapmak, ağaç dikmek gibi bir takım fazlalıklar meydana getiren veya telef olmak, yıkılmak veya yıkmak gibi eksikliklere sebep teşkil eden bir takım değişiklikler doğuran akid ve

1- Bu hüküm, şefı'in: "Satışın haberini dün öğrendim ve şuf'a talebinde bulundum", demesi haline hamledilir. O takdirde beyyine (açık delil) getirmesi istenir. Eğer beyyine getirmekten acze düşerse müşterinin yemini kabul edilir. Ancak şefı: "Bunu bildiğim anda talepte bulundum" diyecek olursa, yemini ile birlikte onun sözü kabul edilir. *Reddü'l-Muhtâr,* V, 158, 160.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 160.

tasarruflar meydana gelebilir. Acaba sonradan meydana gelen bu değişikliklerin şefî'in hakkı üzerindeki etkisi nedir ve şuf'a hakkı sakıt olur mu?

Akidler ve tasarruflar:

Şefî'in lehine şuf'a hükmü verilmeden önce satın alınan şeyde müşterinin bir takım tasarrufları söz konusu olabilir. Bu tasarraflar ya satış ve teslim ile birlikte, hibe, vakıf ve satılan şeyi evlilik mehri gibi tayin etme hâllerinde olduğu gibi mülkiyeti başkasına geçiren tasarruflar, yahut da intifa hakkı veya icare, iare ve rehin gibi alıkoyma haklarını doğuran tasarruflardır.

Dört mezheb [1] mülkiyeti başkasına nakleden tasarrufların birisinin nakzedilmesinin caiz olduğu üzerinde ittifak etmişlerdir. Bu da satıştır ve hakimin hak sahibi olan kimsenin lehine şuf'a hükmünü vermesinden sonra gerçekleşir. Çünkü o satılan şeyde başkasının hakkı taalluk etmiştir. Aynı şekilde başlangıcı itibariyle şuf'anın söz konusu olmadığı rehin, icare ve iare akidlerini nakzetmenin caiz olduğu üzerinde de ittifak etmişlerdir.

Satış hâlinde şefî', satılan akarı birinci veya ikinci satışın gerçekleştiği semen ile satın almak arasında muhayyer bırakılır. Çünkü bu akidlerden her birisi -Serahsî'nin de söylediği gibi- şuf'a ile onun lehine satın alma hakkının sabit olması için tam bir sebeptir. Diğer taraftan şefî'in hakkı bu tasarruftan daha öncedir. O bakımdan bu tasarrufla bu hakkı batıl olmaz.

Hanbelîler, Şafiîler ve Malikîler ise, en başta şuf'anın sözkonusu olmadığı şeylerin nakzedilmesinin caizliği üzerinde ittifak etmişlerdir. Onu vakfetmek, mecsit yapmak, yahut kabristana dönüştürmek, hibe etmek ve onu vasiyet etmek gibi.

Hanbelîler de şöyle demektedir: Müşteri, şuf'a talebinden önce mebîde, başlangıçta şuf'anın söz konusu olmadığı hibe, sadaka; filan mescit, fakirler yahut mücahitler gibi ciheti tayin edilmiş yere vakıf veya boşama, hul', kasden öldürme, yaralama ve benzeri şeylerin sulh bedeli olarak tespit edip tasarrufta bulunacak olursa, şuf'a sakıt olur. Çünkü bu durumda şuf'a mevkufun aleyh (kendisi için vakfedilen)'e, kendisine tasaddukta bulunana, kendisine hibe yapılana ve benzerlerine bir zarar verir. Çünkü her hangi bir ivaz olmaksızın mülkiyeti elinden çıkar. Zira müşteri semeni alır gider, zarar ise zararla izale olunmaz. Hanbelîlere göre şefî'in şuf'a talebinde bulunmasından sonra müşteri tasarrufta bulunmaz. Çünkü artık-daha sahih görülen görüşe göre talep ile o mülk şefî'e intikal etmiş olur. Şayet müşteri satın alınan payı vasiyet edecek olursa, eğer şefî' onu vasiyetin kabulünden önce satın almışsa vasiyet batıl olur ve şefî'in satın alması kesinleşir. Çünkü onun hakkı mûsâ le-

1- *el-Mebsût,* XIV, 108 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 164; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 652; *el-Kavânînu'l Fıkhıyye,* 287; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 493; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 303; *el-Mühezzeb,* I, 382 *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 169 vd.

hin (lehine vasiyet yapılanın) hakkından önce gelmiştir. Ölümden ve kabulden sonra vasiyet ise lâzım (bağlayıcı) değil, caizdir.

Meşfû'un fîh'in gelişmesi ve artışları:

Meşfû'un fîh (şuf'aya konu) olan akarda bazen tabiî bir gelişme meydana gelebildiği gibi, bazen de müşteri tarafından inşaat veya ağaç dikilmek suretiyle takım değişiklikler meydana gelebilir ve bu değişiklikler, şuf'a ile sahibinin lehine hüküm verilmeden önce söz konusu olabilir. Bu durumda bunlara daha çok hak sahibi olan kimdir? Şefî' mi yoksa müşteri midir? Şayet bu fazlalıkları hak eden kişi müşteri olursa, bu hakkı karşılığında ona bir ivaz verilir mi, verilirse bu ne olur?

1- Tabiî gelişme:

Eğer satılan şey, müşterinin elinde -satın aldıktan sonra elinde bulunan ağacın meyve vermesi gibi- bir gelişme gösterirse:

Hanefîlere göre: (1) Kıyasa göre bunların şefî'e ait olmaması gerekir. Çünkü bunlar müşterinin mülkünde ve onun ameli ile gelişme göstermiştir. İstihsana göre ise, bunların şefî'e ait olması gerekir. Çünkü meyve tabiatı itibarıyla ağacla birliktedir, dolayısıyla ona tabi olur ve ayrıca mebî'den meydana gelmektedir. Dolayısıyla asılda sabit olan (ağaçta bulunan) ve satın almadan önce meydana gelen hak, ona da sirayet eder. Kabzdan sonra doğum yapan hayvanda olduğu gibi. Nitekim müşteri annesine tabi olarak yavruya da malik olur.

Kısaca, şefî' onu alır, çünkü bu da asla tabi olarak satılmıştır.

Mâlikîlere göre: (2) Şuf'adan önceki gelir müşteriye aittir. çünkü daman (tazminat, masraf) onun tarafından yapılır. Gelir (veya haraç), daman mukabilindedir.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: (3) Gelişme ve damanın iki durumu vardır:

a) Eğer bu gelişme zahir olmayan meyve ve artması hâlinde ağaçta olduğu gibi, muttasıl olursa şefî'e ait olur. Artışlarıyla birlikte mebî'i (satılan malı) alır. Çünkü ayırt edilmesine imkân olmayan şey, mülkiyette asla tabidir. Nitekim ayp, hıyar ve ikale (karşılıklı anlaşarak) sebebiyle de ona tabi olur.

b) Eğer bu nema (artış), zahir meyve, aşılanmış hurmanın meyvesi, mahsul ve ücret gibi ondan ayrı bir artış ise müşteriye aittir. Hanbelîlere göre bunda şefî'in bir hakkı yoktur. Şafiînin yeni mezhebine göre de böyledir. Çünkü bunlar müşterinin mülkünde meydana gelmiştir, mebîe (satılan mala) tabi olmaz. O bakımdan şuf'a ile ancak aktin kapsamına giren şeyler alınır ve karşılıklı rıza olmaksızın hiç bir şeye

1- *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 251; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 434; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb,* II, 119; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 164-165.

2- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 654.

3- *el-Mühezzeb,* I, 382; *el-Muğnî,* V, 319 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 174.

hak kazanılmaz.

Netice olarak bu iki mezhep de Hanefilerde olduğu gibi kıyasın gerekli gördüğü hükümde, aynı kanaati paylaşmaktadırlar.

2- İhdas edilen artış:

Müşteri mebî'de bina yapmak, ağaç dikmek veya ekin ekmek gibi bir takım fazlalıklar ihdas ederse;

a) Belli bir bitim süresi bulunan ekin ekme hâlinde fakihlerin ittifakı ile şefî'in şuf'a ile satın alma hakkı vardır. Bu durumda ekin hasat zamanına kadar arazide kalmak şartı ile müşteriye ait olur. Hanefîlere göre şuf'a hükmünün verilmesi ile hasat arasında geçecek süre için de müşterinin ücret ödemesi gerekir. [1] Şafiîlerle Hanbelîler ise şöyle demektedirler: Ekin, müşteri tarafından ücret söz konusu olmaksızın yerinde kalır, çünkü o vaktiyle kendisinin olan mülkünde ve ona ait olan bir ekindir. [2]

b) Bina yapma ve ağaç dikme hâlinde ise yine şefî'in şuf'a ile almak hakkı vardır. Ancak bu durumda fakihler, bina ve ekilen ağaçların kıymetini ödemek konularında ihtilâf etmişlerdir.

Hanefîlere göre: [3] Zahir rivayetlerinde şöyle demektedirler: Müşteri satın aldığı eşyada inşaat yapar veya ağaç dikerse, sonra da şefî'in lehine şuf'a hükmü verilirse, şefî' muhayyerdir: Dilerse müşteriyi, ağaçlarını ve binasını sökmek ve arazisini tahliye etmekle mükellef tutar; çünkü bu durumda müşteri bu yaptığı işi başkasına ait kesin bir hakkın taalluk ettiği bir yerde izinsiz olarak yapmıştır. Bu durumda sökme ve yıkma müşteriye ait olur. Çünkü bu ayırma ile tebaiyyet ortadan kalkar.

Şefî' dilerse müşteriye ödediği semeni ödeyerek araziyi alır. Şu kadar var ki, bina ve dikilen ağacın kıymetini sökülmüş ve yıkılmış hâli ile kıymeti mukabilinde alır.

Cumhura göre: [4] Daha âdil olarak gördüğümüz cumhurun (Malikî, Şafiî ve Hanbelîlerin) görüşüdür: şayet müşteri diktiği ağaçları ve yaptığı binayı yıkmak ve sökmek isterse, eğer bunda bir zarar yoksa engellenmez. Çünkü İslâm'da zarar ve zarara karşılık zarar yoktur ve bunlar onun mülküdür. Bunları izale etmek ve nak-

---

1- *el-Mebsût,* XIV, 115; *el-Bedâyi',* V, 27 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V, 164 *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 250.

2- *el-Muğnî,* V, 319; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* IV, 154; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 304; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV 174.

3- *el-Bedâyi',* V, 29; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 250; *el-Mebsût,* XIV, 114; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 164; *el Lübâb,* II, 118 vd.

4- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 260; *Nihâyetü'l-Muhtâc ve Muğni'l-Muhtâc,* aynı yerler; *el-Muğnî,* V 317 vd.; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 175.

letmek imkânına sahiptir. Araziyi tesviye etmesi için de mecbur tutulmaz; çünkü o her hangi bir tecavüzde bulunmuş değildir.

Şayet müşteri bunları yıkıp sökmeyi tercih etmeyecek olursa, şefî', şuf'ayı terketmekle bina ve ağaçları mevcut halleriyle kıymetlerini ödeyerek almak arasında muhayyer bırakılır.

Bu aynı zamanda Ebu Yusuf'un da görüşüdür.

İbni Rüşd'ün *Bidâyetü'l-Müctehid*'de söylediği gibi bu iki görüş arasındaki farklılığın sebebi, aleyhine şuf'a söz konusu olup bu durumun vücubunu bilen kişinin araziye ağaç dikerken veya bina yaparkenki tasarrufunun, gâsıp ve müşterinin tasarrufu arasında durumunun değişmesidir. Böyle bir kişinin yaptığı bu işte istihkak şüphesini kabul eden kimseler -ki onlar cumhurdur- müşterinin kıymeti almasının kaçınılmaz olduğu kararını vermişlerdir. Böyle bir kimsenin yaptığı işte haksızca tasarrufunun ağır bastığını kabul eden Hanefîler ise, şefi'in binanın ve ağacın enkaz olarak kıymetini ödeyebileceğine hüküm vermişlerdir.

Meşfû'un fîh'in (şuf'aya konu olan malın) eksilmesi:

Fakihlerin bu konu ile ilgili olarak birbiri ile çelişik iki görüşü vardır:

Hanbelîlere göre: [1]Eksiklik bazen arazinin tabi unsurlarından bir parça olabileceği gibi, bazan da araziye bitişik bir parça, yahut bizzat arazinin bir kısmı olabilir.

a) Eğer eksiklik araziye tabi bir parça olursa -meselâ meyvenin koparılması, ziraî veya sınaî aletlerin çalışamaz hâle gelmesi gibi- ve bu eksiklikten sonra şefî'in lehine şuf'a ile hüküm verilmiş ise, semenden bu eksilen meyvenin ve âletlerin kıymeti düşülür. İster bu eksiklik müşterinin fiili ile olsun ister tabiî bir afet ile telef olsunlar değişen bir şey yoktur. Çünkü satışta maksat olarak bunlar da gözetilir ve müşteri bunları da satın almıştır. Tabiî bir afetle telef olmaları hâlinde ise kıymetlerinin düşülmesinin sebebi, bu telef olanların, üzerinde akid yapılanın bir kısmını teşkil etmeleri ve bunlar da maksat gözetilerek satışın kapsamına girmiş olmalarıdır. O bakımdan semenden paylarına düşen ne ise onlara mukabil düşülür.

b) Şayet eksilme, -ağacın kuruması, binanın yıkılması, yanması veya sökülmesi gibi- araziye bitişik bir parça olursa ve bunlardan sonra şefî'in lehine şuf'a hükmü verilmiş ise; eğer bu müşterinin veya başkasının işi ile olmuşsa, birinci durumda olduğu gibi zail olanın kıymeti semenden eksiltilir: Araziye ağaçsız ve binasız olarak kıymet biçilir, bina ve ağaç olduğu hâlde de kıymet biçilir; şefî' aradaki farkı iner. Çünkü teaddi ve kasıtlı telef söz konusudur; o bakımdan semenden ona belli

1- *el-Mebsût,* XIV, 115; *Tebyînu'l-Hakâik,* V, 251 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr,* V 164 vd.; *Tekmiletu'l-Feth,* VII, 434; *el-Lübâb,* II, 119; *el-Emvâl* ve *Nazariyyatu'l-Akd fi'l-Fıkhi'l-İslâmî,* 236 vd.

bir şey tekabül eder. Fakat enkaz müşteriye ait olur.

Şayet bunlar her hangi bir kimsenin düşmanlığı veya kastı ile değil de bir zelzele, yıldırım düşmesi veya bir fırtına gibi semavî bir âfet ile olmuşsa; o takdirde şefî', semenin tümünü ödemek durumundadır ve semenden telef olan veya kaybolan miktar kadar her hangi bir şey düşemez. Çünkü buradaki eksiklik, her hangi bir kimsenin kastı ile meydana gelmemiştir ve çünkü ağaç ve bina araziye tabidir. O bakımdan bunlar zikredilmeksizin satış akdine dahildir. Dolayısıyla semenden onlara bir şey tekabül etmez. Çünkü aslolan semenin aslı değil, asla mukabil oluşudur. Taş ve ahşap gibi enkazın durumuna gelince Eğer ortada bir enkaz kalmamışsa mesele yoktur. Şayet onlardan bir şey kalmış ise ve müşteri de araziden ayrıldıkları ve araziye tabi olmadıkları için bunları almış ise, onların semenden paylarını, alındıkları günkü kıymetleriyle düşer. Eve gelince, akid günü ona kıymet biçilir ve sözü geçen şekle göre onun kıymeti enkaz ile ev olması hâlindeki farka göre paylaştırılır.

Şayet müşteri -yerden ayrıldıktan sonra telef olmaları hâlinde olduğu gibi- enkazı almamış ise, semenden her hangi bir şey düşülmez. Çünkü onun tarafından enkaz alıkonulmuş değildir ve bunlar tabi olan şeylerdir. Tabi olan şeylere ise semenden her hangi bir miktar tekâbül etmez. Şuf'a yoluyla almakta da artık bu satış şefîe intikal etmiş olur.

c) Eğer eksiklik, -sel baskını sonucu bir kısmının sürüklenmesi hâlinde olduğu gibi- bizzat arazinin kendisinde olup onun üzerinde bulunan ağaç ve binalarda değilse, şefî' şuf'ayı terketmek ile, geri kalanı semenden ona tekâbül eden payı karşılığında almak arasında muhayyer bırakılır. Çünkü onun hakkı bütününde sabittir. Şu anda ise onun bir kısmını alma imkânına sahiptir ve o bir kısmı, aslın bir kısmı helâk olduğundan dolayı, semenden onun payına düşen miktar kadarı ile alabilir.

Malikilere göre: [1] Bunların görüşü de genel olarak Hanefîler gibidir. Onlar şöyle demişlerdir: Semavî bir sebep ile yahut da inşaat yapmak ya da genişletmek için yıkması hâlinde olduğu gibi, bir maslahat gayesiyle olursa; müşteri eksikliğin meydana gelmesi halinde meşfû'un fîhin (şuf'aya konu olan şeyin) bir kısmının eksilmesinin tazminatını ödemez.

Şayet eksiklik -maslahat söz konusu olmaksızın yıkma hâlinde olduğu gibi- müşteriden kaynaklanan bir sebeple olmuşsa, tazminatını öder.

Şayet yıkar ve (enkazdan başka malzemeyi kullanarak) tekrar bina ederse, bu durumda müşteri, (enkazın) mevcut hâli ile bina olarak mevcudiyeti hâlindeki kıymet farkını şefî'den alır. Çünkü müşterinin bir kastı sözkonusu değildir. [2]

Şefî' için enkazın kıymeti, satın alındığı günkü kıymeti ile semenden hesap

1- *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 654; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 494.
2- Parantez içi ifadeler, *eş-Şerhu'l-Kebîr*'in haşiyesinde alınmıştır. (Çeviren)

edilir ve düşülür. Geri kalanın ise, mevcut hâliyle binanın kıymeti ile ödemesini yapar.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [1] Eğer meşfû'un fîh olan kısım veya onun bir parçası, müşterinin elinde telef olacak olursa, bu onun tazminatı altındadır; çünkü ona malik olmuştur ve elinde iken telef olmuştur. Bundan sonra, şefî', meşfû'un fîhin bir kısmının telef olmasından sonra almak isterse, mevcut olanı semendeki payı karşılığında satın alır. Bu telefin, yüce Allah'ın fiili ile olması ile, bir insanın fiili ile olması arasında fark yoktur ve bu telefin -binayı yıkması hâlinde olduğu gibi- müşterinin tercihiyle olması ile, -kendiliğinden yıkılması hâlinde olduğu gibi- isteği olmaksızın yıkılması arasında da fark yoktur.

Şayet enkaz mevcut ise, şefî' onları semenden payları mukabilinde arazi ile birlikte satın alır. Şayet mevcut değil iseler araziyi ve binadan geri kalanı birlikte alır.

11- Şuf'ayı İskat Eden Haller

Şuf'a yoluyla satın almanın şartlarından sözedilirken şuf'a hakkını iskâta götüren sebepler de bilinmiş olur. Bu bakımdan aşağıda şuf'anın kendileri ile sakıt olduğu şeylere dair kısa açıklamalar yapacağız. Bununla birlikte bazı hâller üzerinde ittifak bulunduğunu, bazı hâllerde de ihtilâf olduğunu hatırımızda tutmalıyız:

1- Şefî'in, lehine şuf'a hükmü verilmeden önce, kendisi sebebiyle şuf'aya sahip olduğu akarı satması:

Şayet şefî' şuf'ayı bilmeden önce yahut bildikten, fakat şuf'a hükmü verlimeden önce sahibi şuf'aya ait akarı satacak olursa, Zahirî İbn Hazm'ın dışında fakihlerin ittifakı ile şuf'ası sakıt olur. Çünkü kendisi sebebiyle şuf'ayı hakettiği sebep ortadan kalkmıştır ki, bu da kendisi sebebiyle zarar görmesinden korkulan mülküdür. Bu, gayet mantıkî ve anlaşılır bir durumdur. Çünkü -fakihlerin ittifakıyla ortaktan veya Hanefîlere göre komşudan- kendisi sebebiyle şuf'anın kabul edildiği zarar korkusu, şefi hakkında artık söz konusu değildir.[2]

2- Şuf'anın teslim edilmesi veya satış sonrası şuf'ayı istememek:

Ondaki hakkını bilmesi ile sarahaten yahut delâleten ve zımnen bilmemesi arasında bir fark yoktur. Çünkü şuf'a zayıf bir hak olup en basit bir sebep dolayısıyla da sakıt olur. Bu husus dört mezhepte de böyledir. [3]

1- *el-Muğnî,* V, 320.

2- *el-Hidâye -Tekmiletü'l-Feth ile-* VII, 446; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 258; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 170; *el-Kitâb, ma'a'l-Lübâb,* II, 113; *el-Mühezzeb,* I, 381; *Keşşâfu'l-Kınâ',* I, 169; *el-Muhallâ,* IX 116; *Mesele,* 1601; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 642.

3- *el-Mebsût,* XIV, 154 vd.; *el-Bedâyi',* V, 19, 20; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 257; *el-Hidâye -Tekmiletü'l Feth ile-* VII, 442-445; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 168 vd.; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb,* II, 112-113; *eş Şerhu's-Sağîr,* III, 642, 645; *el-Mühezzeb,* I, 380; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 306; *el-Muğnî,* V, 349 vd. *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 259; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 286.

Şuf'anın sarahaten teslimi ise, meselâ şefi'in: "Ben onu almak istemiyorum" veya "arzulamıyorum" yahut "iskat ediyoum" veya "iptal ediyorum" veya "affettim" veya "teslim ettim" ve gibi sözler söylemesi ile olur. Şu kadar var ki, şuf'anın teslimi satıştan sonra ve şuf'a hükmü verilmeden önce olmalıdır. Çünkü satıştan önce onun bir hakkı yoktur ki, onun ıskatı söz konusu olsun. Ve çünkü hakimin hükmünden sonra ise, ancak mülkiyeti başkasına nakleden bir akid ile onu iskat etme hakkına sahiptir.

Şuf'anın delâleten teslim edilmesi ise, şefî'in akde razı olduğuna ve müşteri lehine hükmünün -ki bu da müşteri lehine mülkün sabit olmasına delâlet edecek bir şeyin vücuda gelmesidir. Meselâ, müvasebe veya satışı bildikten sonra kâdir olmakla birlikte takrîr talebini terketmek, özürsüz olarak hemen talepte bulunmayıp veya satışı öğrendiği meclisi hemen terketmeyip yahut başka bir işle uğraşarak talebi bir kenara bırakıp meşgul olmak gibi. Çünkü gücü yetmekle birlikte talebi terketmek, akde ve sonradan girecek olan müşteri lehine hükmünün- sabit olmasına razı olduğunun delilidir.

Şefî'in, satın aldığı şey konusunda müşteri ile pazarlıkta bulunması yahut kendisine icara vermesini istemesi de buna örnektir. Çünkü ondan almak için pazarlık yapması şuf'a yoluyla almak istemediğinin delilidir.

Şefî'in sattığı şeyde satıcının vekili olması da buna bir misaldir. Çünkü o, kendisi tarafından gerçekleşen bir işle nakza çalışmaktadır. Şayet şefî' satın aldığı şeyde müşterinin vekili ise, yani müvekkilinin adına satın almış ise o takdirde şuf'a hakkına sahiptir. Çünkü satın alması ile onun şuf'a sebebiyle alması nakzedilmez. Zira bu da satın almak gibidir. Böyle bir ayırım Hanefîlerle bazı Hanbelîler ve Şafiîler tarafından gözetilmiştir.

Şafiîlerle, daha tercih edilen görüşlerinde Hanbelîler şöyle demektedir: [1] Satış için şefî', vekil tayin edilirse bu vekâlet vermek ile şüf'ası sâkıt olmaz. İster satıcının vekili olsun, isterse de müşterinin vekili. Çünkü o bir vekildir, böyle olmayan kimse gibi onun da şuf'ası sakıt olmaz. Bu konuda itham altında bulunma korkusunun da bir etkisi yoktur. Çünkü vekil, onun şuf'a hakkının sabit olduğunu bilmekle birlikte ve buna rağmen tasarrufundan rıza olarak ona vekâlet vermiştir; ondan dolayı bunun tesiri yoktur. Tıpkı vekiline kendisine ait olan bir şeyi satın alması için izin vermesinde olduğu gibi.

Şuf'anın teslimi ile ilgili iki husus vardır: Bunlar da küçüğün şuf'a hakkını velisinin teslim etmesi ve şuf'a karşılığında sulh yapmaktır:

a) Veli tarafından şuf'anın teslim edilmesi: Bu konu şuf'anın talebi bahsinde açıklanmıştı. Burada da şuf'anın sükûtu ile alakalı bir durumdan kısaca söz etmek istiyoruz.

1- *el-Muğnî,* V, 351.

Şeyhân (Ebu Hanîfe ve Ebu Yusuf) şöyle der: [1] Babanın ve vasinin şuf'a hakkını küçüğün adına teslim etmeleri caizdir. O takdirde küçüğün şuf'a hakkı sakıt olur. Çünkü şuf'a sebebiyle satın almak, bir bakıma bir ticarettir. Hatta ticaretin kendisidir. Çünkü malın mal ile mübadelesidir. Şuf'a ile satın almayı terk, ticareti terktir. Veli, küçük için satın alınmış bir şeyi geri çevirmek suretiyle ticareti terketmek imkânına sahip olduğu gibi, buna da sahiptir. Meselâ, babaya: "Sana bu malı küçük çocuğun adına satıyorum," denilmesi hâlinde veli bunu reddedebilir. Diğer taraftan şuf'a sebebiyle satın almak fayda ile zarar verebilecek türden mir tasarruftur. Bazen küçük adına satın almakta maslahat olmayabilir. Bu durumda çocuğun maslahatına riayet etmek için terkedilir. Bundan maksat ise semenin onun mülkiyetinde kalmasını sağlamaktır. Velâyet, maslahata uygun olarak gözetimde bulunmak demektir.

Malikî âlimleri meseleyi etraflı bir şekilde ele alarak [2] şöyle demişlerdir: Eğer şuf'anın terkedilmesi kâsırın menfaatine ise baba veya vasi tarafından iskat edilmesi sahihtir, değilse sahih olmaz. O takdirde kâsır bülûğa erince onu talep etmek hakkına sahip olur.

İmam Zufer, Muhammed ve Hanbelîler ise şöyle demektedirler: [3] Veli, küçüğün şuf'asını iskat etme hakkına sahip değildir. Bunda maslahatı ister olsun ister olmasın fark etmez. Küçük büluğa erdiği takdirde, şuf'a hakkına sahip olmaya devam eder. Çünkü bu hak, küçük lehine sabit olmuştur; veli bunu iptal edemez. Diyet ve kısas isteme hakkından vazgeçmekte olduğu gibi. Çünkü bu, zararı önlemek için meşru kılınmıştır. Böyle bir hakkın iptali küçüğe zarar vermektir.

Hanefîlerdeki bu görüş ayrılığı, vekilin şuf'a talebini müvekkili adına teslim etmesinde de cereyan eder. Ebu Hanîfe'ye göre, müvekkilin, hâkimin meclisinde şuf'a hakkını teslim etmesi caiz olur. Çünkü vekil dava konusunda müvekkilin yerini tutmaktadır. Bu davalaşmanın (husumetin) yeri de hakimin meclisidir.

Ebu Yusuf'a göre de vekilin, hakimin meclisinde de başka mecliste de şuf'a hakkını teslim etmesi sahihtir. Çünkü o mutlak olarak müvekkilin naibidir.

İmam Muhammed ve Züfer'e göre vekilin şuf'a hakkını teslim etmesi hiç bir şekilde sahih olmaz.

b) Şuf'a karşılığında sulh: *Hanefîlere göre:* [4] Şefî', şuf'a hakkı mukabilinde bir ivaz almak suretiyle sulh yapacak olursa, şuf'ası sakıt olur. Çünkü onun yaptığı bu iş, şuf'adan yüz çevirmek demektir ve bu durumda aldığı ivazı geri vermesi icap eder. Çünkü, bu durumda sulh da, hakkın satışı da batıldır. Zira şuf'a sadece mücer-

---

1- *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 263; *Tekmîletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 451; *Mecelle,* madde 1035.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr,* III, 486; *eş-Şerhu's-Sağîr,* III, 645.

3- *el-Muğnî,* V, 313; *Keşşâfu'l-Kınâ,* IV, 161 vd.

4- *el-Bedâyi',* V, 20; *Tekmiletü Fethi'l-Kadir,* VII, 443; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 257; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb,* II, 113; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 169.

ret bir temellük (mülk edinmek) hakkı olup şefîi'in görebileceği zararı defetmek için meşrudur. Böyle bir haktan dolayı ivaz almak sahih olamaz ve bu durumda onun karşılığında alınacak ivaz da rüşvet olur.

Netice olarak burada sulh sahih olmasa dahi, şuf'a hakkının iskatı sahihtir. çünkü bu hakkın iskat edilmesinin sahih olabilmesi ivaza bağlı değildir. aksine bu, yerine ivaz almanın sahih olmadığı malî haklardan birisidir. Bu durumda şefî' şuf'ayı her hangi bir ivaz almaksızın teslim etmiş gibidir.

3- Daman-ı derek:

Hanefîlere göre: [1] Şayet şefî' müşteri adına ve satan için *derek*'i tazminatı altına alırsa, yani müşterideki semeni kendi tazminatı altına alırsa şuf'a sakıt olur. Çünkü bu, müşteriye yapılan satışa razı olduğunun delilidir.

Aynı şekilde satıcı satışın geçerli kılınmasında veya kılınmamasında şefî'in hıyarını (istemesini) şart koşsa ve şefî' kendisi için şart koşulmuş olan hıyarı kullanarak satışı geçerli kabul etse yine şuf'a hakkı sakıt olur. Çünkü satış onun geçerli kılmasıyla tamamlanmıştır. Kanaatimce bu uyulmaya daha uygundur.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre: [2] Şefî', uhdeyi (mebî'in (satılan şeyin) istihkakı veya kusurlu olması hâlinde semenin talebini) müşteri lehine tazminatı altına alsa yahut ona hıyar şartı koşulsa ve o da akdin geçerli olmasını tercih etse, şuf'a hakkı sakıt olmaz. Çünkü bu, hakkı iskat eden, şuf'anın vücubundan sonra satış ile ona terketmek suretiyle gösterilen rızadır. Böyle bir durumda ise rıza bulunmamaktadır. Çünkü böyle bir durumda sebep şuf'anın vücubundan önce meydana gelmiştir. O bakımdan onunla şuf'a sakıt olmaz. Satış yapmaya izin vermek ve satışın tamamlanmasından önce şuf'ayı affetmek hâlinde olduğu gibi.

4- Meşfû'un fîhin (şuf'aya konu olan şeyin) kısımlara ayrılması:

Fakihler [3] şuf'anın bölünme kabul etmez bir hak olduğunda ittifak etmişlerdir. Şefî', şuf'aya konu olan şeyin bir kısmından vazgeçse (şuf'ayı teslim etse), mebî'in tümündeki hakkı sakıt olur. Çünkü o yarısında hakkını teslim edince açıkça iskât sebebiyle, o kısımdaki hakkı hükümsüz olur geri kalan kısmında da hakkı batıldır. Çünkü o, müşterinin aleyhine satılanı bölme hakkına sahip değildir. Bundan dolayı da bütününde şuf'ası sakıt olur. Bu da satılanı kısımlara bölmek suretiyle müşterinin zarar görmesini önlemek içindir. Çünkü zarar, karşı zarar ile izale olunmaz. Ancak Ebu Yusuf'un da dediği gibi, -ki onun görüşü Hanefîlerce tercihe daha şayandır- meşfû'un fîh'in yarısının talebi halinde şuf'a sakıt olmaz ve bütününü almak ya da bütününü terketmekte şefî'in hakkı devam eder.

1- *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 258; *el-Hidâye -Tekmiletü'l-Feth ile-* VII, 447; *el-Lübâb,* II, 113.

2- *el-Muğnî,* V, 351; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 182.

3- *el-Bedâyi',* V, 21; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 258; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 306; *el-Mühezzeb,* I, 381 *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 164; *el-Muhallâ,* IX, 118, mesele, 1604.

Şefi' birden çok olursa, onların birisi ötekine kendi payını hibe edemez. Kim böyle yaparsa, şuf'a hakkını iskat etmiş olur. *(Mecelle,* madde 1042) [1]

Şefi'lerden birisi hakimin hükmünden önce hakkını iskat edecek olursa, diğer şefi', hakkında şuf'anın cereyan ettiği akarın tümünü alabilir. Şayet hakimin hükmünden sonra iskat edecek olursa, Öteki onun hakkını alamaz. (Mecelle, madde 1043)

5- Şefi'in vefat etmesi:

Hanefîlere göre: [2] Şuf'a hakkı, şefi'in vefatı ile sakıt olur. Şefi" ister talepte (yani muvasebe ve takrîr taleplerinden) sonra, isterse lehine hakimin alma hükmünü vermesinden veya müşterinin ona teslim etmesinden önce ölmüş olsun, değişen bir şey olmaz. Çünkü şuf'a hakkı, hıyâr-ı şart gibi miras alınmaz. Zira Hanefîlere göre haklar miras bırakılmaz. Ayrıca ölüm ile şefi'in evindeki mülkiyeti zail olur ve satıştan sonra mülkiyet mirasçı lehine sabit olur. Bu durumda aranan ise satış esnasında mülkiyetin tahakkuk etmesidir.

Müşterinin ölümü ile şuf'a batıl olmaz. Çünkü, müstehak (hak edilen şey) kalmaya devam etmektedir. Yani müstehak bakidir ve hakkın sebebinde bir değişiklik yoktur.

Zâhirîlerle Hanbelîlere göre: [3] Bunlar meseleyi etraflı bir şekilde ele alarak şöyle derler: Şayet şefi' Şuf'ayı talep etmeden önce ölürse şuf'a hakkı sakıt olur [4] ve şuf'a yoluyla mirasçılarının hiç bir şekilde alma hakları da yoktur. Zira yüce Allah hakkı ona tayin etmiştir, başkasına değil.

Şayet şefi' şuf'a talebinde bulunduğuna dair şahit tutmuş ve sonra ölmüş ise, o takdirde şuf'a miras alınır ve mirasçılar bu hakkı talep edebilir. Çünkü aciz kalınması hâlinde talepte bulunduğuna dair şahit tutmak, talebin yerini tutar.

Bu şekildeki açıklamalar, talepten önce şuf'anın miras alınmayacağı hususunda Hanefîlerin görüşlerinin paylaşıldığı sonucunu verir.

Malikîlerle Şafiîlere göre: [5] Şuf'a hakkı talepten sonra ve almadan önce şefi'in alması hâlinde miras alınır. Onlara göre şuf'a, miras alınabilecek bir haktır. Çünkü bu, mala gelebilecek bir zararı defetmek için sabit olmuş bir muhayyerliktir. O bakımdan hıyâr-ı ayb gibi o da miras alınır.

1- *el-Mühezzeb,* aynı yer; *el-Bedâyi',* V, 5 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 173.

2- *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 170; *Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VII, 446; *Tebyînü'l-Hakâik,* V, 257; *el Lübâb,* II, 113; *el-Bedâyi',* V, 22; Mecelle, madde: 1038.

3- *el-Muhallâ,* IX, 117, mesele 1603; *el-Muğnî,* V, 346; *Keşşâfu'l-Kınâ',* IV, 176.

4- İmam Ahmed şöyle der: "Ölüm ile üç şey batıl olur" Şuf'a, suçlunun ölmesi halinde had, hıyâr-ı şartı koşan kişi öldüğü takdirde de hıyâr."

5- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 260; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 287; *el-Mühezzeb,* I, 383; *Nihâyetü' Muhtâc,* IV, 158.

Bu iki mezhebe dair başkalarının kitaplarında yer alan nakillerden zahiren anlaşıldığına göre, şuf'a hakkı -şefî' tarafından talep edilmesinden önce dahi olsa- miras olarak alınmaz; çünkü onların ibareleri mutlaktır; her hangi bir kayıt yoktur. Fakat Şafiîlere göre talepte bulunmak kaçınılmazdır. Değilse bizzat şefî'in hakkı sakıt olur. Bu durumda Şafiîlerin görüşü de Hanbelîlerinki gibi olur. (1)

Netice olarak, Şuf'a Hanefîlere göre talepten sonra miras alınmaz. Diğer üç mezhebe ve Zahiriye mezhebine göre talepten sonra miras alınır.

Görüş ayrılığı şefî'in, lehine hakim tarafından hüküm verilmeden önce ölümü hâli ile ilgilidir. Şayet hükümden sonra ve semenin ödenip mebî'in (satılanın) kabzedilmesinden önce ölürse, o takdirde satış ittifakla onun mirasçıları için lâzımdır (bağlayıcıdır).

Şuf'a hakkını düşüren sebeplere dair bu açıklamalarımızdan aşağıdaki gerçekler ortaya çıkmaktadır: (2)

1- Şuf'a, zayıf bir haktır. Bu hakkın talepte bulunmak suretiyle güçlendirilmesi ve pekiştirilmesi icap eder.

2- Şuf'a, sahibine gelebilecek zararı uzaklaştırmak meşrudur. Şuf'a hakkının sahibi fakihlerin ittifakı ile ortaktır; Hanefîlere göre ise hem ortak hem de komşudur.

3- Eğer şefî' sadece mebî'in (satılanın) bir kısmını almak isterse, bu durumda şuf'anın, müşterinin zarar görmesine sebep teşkil etmesi sahih değildir.

1- Malikîler ise şefî'in şuf'a sebebiyle satın alma hakkı için bir senelik bir süre takdir etmişlerdir. Talepten önce ölmesi halinde bu hak, ondan miras alınır. Ancak müşterinin talebine binaen ya satın almak veya terk etmek şeklinde arzusunu tayin etmemiş olması halinde, hakimin onu şuf'a hakkını iskat etmemiş olması icap eder.

2- *el-Emvâl* ve *Nazariyyatü'l-Akd*, 238.

el-FIKHU'L-ÂM

ŞERÎ HADLER (CEZALAR)
TAZİR
CİNAYETLER ve CİNAYETLERİN CEZALARI
CİHAD ve CİHADLA İLGİLİ AHKAM
KAZA ve HAKKI İSPAT YOLLARI
İSLAMDA HÜKÜMET NİZAMI

---

el-Fıkhu'l-Âm ile devlet ile ilgili hükümler kastedilir. Bunlar ya kazâ (yargı) gibi vatandaş üzerindeki genel yönetime ya da devletler arası ilişkilere aittirler.

ŞERÎ HADLER

İnsan, fıkıh sahasında ve müslüman fıkıh âlimlerinin kitapları üzerinde araştırmalarını derinleştirdikçe İslâm şeriatinin hayatı düzenlemedeki ebedîliğine (sonsuz genişliğine) İslâmî düşüncenin selâmet ve olgunluğuna, fakihlerin dehâlarına daha çok inanmakta, fıkıh ilminin büyüklüğünü daha fazla takdir etmektedir. Zira fıkıh ilminin hükümleri, sadece Kur'an-ı Kerim ve Sünnet-i Nebeviyye'den alınan naklî delillere dayanmamakta; aynı zamanda, insan vicdan ve aklının derinliklerine de nüfuz ederek sosyal ilişkilerin, günlük hayatta fertler arasında süregelen muamelelerin, milletler arası ilişkilerin amelî olarak -pratikte- nasıl tatbik edileceğine destek ve yardımcı olacak çözüm yolları da sunmaktadır.

İslâmın hükümlerine bağlanmakta gözetilen hedef izzet ve şerefli, temiz, güven ve huzur içinde yaşayacak, içinde düşmanın arzularına boyun eğme zilletinin bulunmadığı, suç ve anarşinin barınamayacağı, insan fıtratına ve İslâm ahlâkına aykırılıkların, fesat, münker ve günahların revaç ve itibar görmeyeceği bir toplum meydana getirmektir. Bunun için de başlıca İslâm prensiplerinin, özellikle açıkça yapılmayıp gizlice işlenen günahların örtbas edilmesi prensibi, had cezalarının delillerde şüphe bulunması durumunda kaldırılması prensibi gibi kaidelerin mümkün olduğu kadar tatbikine çalışılacaktır.

Bizleri yüce dinimiz İslâm'a gerçekten bağlayan hususlardan biri de şudur: Müslümanlar, asrımızda, hepsi de dar kalıplı, sırf materyalist bir zihniyet ürünü olan dışardan ithal edilmiş bir sürü kanunlar, sistemler, düşünceler, kültür ve bilgiler denemişler, neticede akıl sahibi ve bilinçli kimseler, en geçerli çare ve çözümü bulacakları İslâm dâiresine dönmek zorunda kalmışlardır. Fakat fertleri ve toplumu ileriye götürme davasındaki ithal sermayenin tükenmesinden, düşük ve âdisini alıp özünü ve faydalı olanını bıraktığımız uygarlığın cilâsının dökülmesinden sonra bu noktaya gelmişlerdir. İnsanlar artık kalpleri ve fikirleri ifsat eden, zihinlere şüphe

tohumları eken, kendine güven duygusunu yok eden, bütün ahlâkî değer ve faziletleri sarsan o sistemlere ve kültürlere karşı intikam hisleri içindedirler.

Çünkü bütün bu fikir ve sistemler, İslâm dünyasının doğusunda ve batısında yaşayan müslümanlar olarak bizleri zayıf, başkalarına muhtaç, kişiliksiz, bir hâle düşürmekten başka bir işe yaramamıştır.

Artık bilerek veya farkında olmadan toplum, kuvvetli bir meyil ile tek kurtuluş yolu olan İslâm'a yönelmiş bulunmaktadır. Fakat insanlar yine ibadetler yörüngesinde kalmakta, hayat ve yaşayış biçimleri, düzenleri bir tarafta, ibadet başka bir tarafta yer almakta; bu sebeple bir çifte standart, yerinde sayma, çelişki, şaşkınlık ve bıkkınlık, İslâm'dan tamamen uzak kalma durumuna nispetle daha az fena sayılabilecek yeni bir ızdırap ve çalkantı içine düşmektedirler.

Bu tereddüt ve şaşkınlıktan kurtuluş, ancak beşerî kanunların değiştirilip muamelelerde, cinâyet (suç) ve cezalarda, hadlerde ve diğer sahalarda Allah kanunlarının tam olarak uygulanmasıyla mümkündür. Gerçekten de toplumu rezaletten ve sapıklıktan kurtarma, hüviyetini ispat etme, hayatın çeşitli problem ve meselelerine İslâm düşüncesinin geniş perspektifinden bakarak çözüm bulma, zillet ve horlanma zincirlerini kırma, her çeşit düşmanlığı göğüsleyip geri itme, her türlü sömürüyle mücadele, kendine güvenme ve itimat etme, müslümanları Kur'an ve Allah Resulünün (a.s.) sünneti bayrağı altında toplama, bu iki ana kaynaktan dışarı çıkmayan şeriatın fıkhından istifade etme maksadıyla şeriatin kanunlaştırılması yönünde samimi çalışmalar görülmekte, ümit pırıltıları çakmaktadır.

Her müslüman hissetmektedir ki, izzet ve şeref yolu, düşmanı kahretme, gasbedilmiş toprakları ve hakları kurtarma yolu, -nasıl düşman kendi çirkin ırkçı, ayırımcı sloganı altında varlık gösterip güçlerini toparlayarak bizimle savaşmışsa bizim de- Allah'ın dinini yüceltmek için mukaddes cihat bayrağı altında birbirimize kenetlenmemizden geçmektedir.

Daha önce açıkladığımız gibi fıkıh ilmindeki akitlerin hükümlerine dair bilgiler, cihadın tanzim ve tertibi, hadler ve cinâyetler (suçlar) hakkındaki ayrıntılar, İslamî kazâ ve muhakeme ile İslamî düzenin kaide ve prensipleri, bütün dünyanın teşrî (yasama), hukuk ve muhakeme usulünde uzman fertleri katında yüksek bir yere sahip olan fıkhımızın büyük servetinden sadece bir kısmıdır.

Ne yazık ki, Batı hayranı, aşağılık kompleksine kapılmış, kendine güvenini yitirmiş mevcut kanunların uygulaması altında hayata geçmiş bir çok faraziye ve ihtimallerden habersiz birtakım cahiller, zengin muhtevasını bilmedikleri İslâm fıkhı hakkında "sadece bir yığıntı" diyebilmektedirler. Fikirleri, nazariyeleri, çalışmaları, tarih boyunca büyük insanların yükselmeye çalıştıkları yüce bir mertebe, bilginlerin erişmeyi arzuladıkları bir makam, filozof ve düşünürlerin sığınağı olmuş ulu İslâm âlimlerinin görüşlerini bilmez gözükerek yahut bile bile terkederek

Batılıların sofralarında tufeylîlik ve dilencilik etmek bu cahil güruha daha tatlı gelmektedir.

Evet, ey bizim nesil! Haydi, İslâm fıkhına, onun bereketli servetine, tatlı pınarlarına koşunuz.. Allah teâlâ size dininizin müsamahalı ve sade hükümlerini tatbik yolunda kolaylıklar versin. Uygun olanı almak, hakkı bulunduğu düzlükten alıp zirveye çıkarmak, bâtılı da bulunduğu çukurda zelil etmek için sadık bir yakîn, olgun bir akıl, ince bir hisle sizleri donatsın.. Zira İslâm bayrağını yükseltmek, İslâm fıkhı, İslâm düşüncesi ve yapıcı İslamî tebliğe göre kurulmuş pratik bir hayat için sağlam bir alt yapının hazırlanmasını gerektirmektedir. Çünkü davet ve tebliğ sadece parlayan bir duygu ya da içi boş, kapasite ve metodu olmayan bir yapı değildir. Bu alt yapının hazırlanması İslâm davasının yaşamasını temin etmek için gerekmektedir; ta ki, sağdan soldan esen fırtınalar veya düşmanların tedbir ve tahrikleri önünde eğilip bükülmesin, sarsılmasın.

İşte İslâm fıkhı, bütün mezhepleriyle beraber, İslâm'ın her çağda uygulanabilir olduğuna bir delil, İslâm kimliğinin derlenip toparlanmasının gerçekleşmesi için bir üslûp mahiyetinde bulunmaktadır.

Bazı sığ düşüncelilerin sandığı gibi bölücü, parçalayıcı değil, tersine yapıcı, toplayıcı, birleştirici bir unsur teşkil etmektedir. Fıkıh âlimlerinin görüş farklılıkları usûl ve ana esaslarda değil, içtihat yapılabilen bazı yan ve cüz'î meselelere dâirdir. O hâlde, fıkhî görüşleri karşılaştırmak, hangi metotla aralarında tercih yapılacağını bilmek için fıkhın, sahih delil ile desteklenmiş kolay ve yeni bir üslûp içinde ortaya konmasına ne kadar da çok ihtiyaç vardır!..

Bu kitapta işte bunu yapmaya çalıştık. Herkesin faydalanmasını sağlamak ümidiyle eski kaynak kitaplara inerek her fıkhî görüşü ve meseleyi tahkik etmek için ne kadar gayret sarfetiğimizi Allah teâlâ bilmektedir.

1. Haddin Tarifi

Had, sözlükte "menetmek engel olmak" demektir. Bu yüzden insanların girmesine mani olduğu için kapıcıya haddâd (mani olan) denmiştir. Cezalara da, o cezaların sebeplerini irtikâb etmeye, yapmaya engel olduğu için had (çoğulu: hudûd) ismi verilmiştir. Allah'ın hadleri (hudûdu'llah), Allah'ın haram kıldığı, yasakladığı şeylerdir. Çünkü ayet-i kerimede: *"İşte onlar, Allah'ın hadleridir, sakın onlara yaklaşmayın."* buyurulmaktadır..

Allah'ın hududu (hadleri); hükümleri yani tahdid ve takdir ettiği, insanın onları geçmesi caiz olmayan hususlar demektir. Onu aşıp daha ötesine geçmeye mani olduğu için hudûd (sınırlar) ismi verilmiştir.

Haddin şer'î manasına gelince: Hanefîlerin ıstılahına göre had, Allah teâlâ'nın hakkı olarak tayin ve takdir edilmiş vacip bir cezadır. Buna göre tazir'e had denmez.

Çünkü tazirin belirli bir sınırı yoktur. Kısas'a da had ismi verilmez. Zira kısasın takdir edilmiş bir ölçüsü bulunsa da kul hakları cümlesindendir, af ve barışmaya açıktır. Bu cezalar, kişinin benzeri bir günaha düşmesine mani olduğundan hudûd (sınırlar) ismini almıştır.

Allah teâlâ'nın hakkı olmasından murad, kişilerin ırzlarını, neseplerini, mallarını, akıllarını ve canlarını her hangi bir tecavüze maruz kalmaktan korumak için meşru kılınmış olmasıdır. [1] Ancak zina haddi, içki içme haddi gibi bazı hadler, halis Allah teâlâ'nın hakkı ile, yani cemiyet ile ilgilidir. Kazf (iftira) haddi gibi diğer bazı hadlerde hem Allah teâlâ'nın hakkı hem de kul hakkı bulunur; yani onlar hem şahsî hak, hem de amme (kamu) hakkı ile ilgilidir. [2]

Hanefiler dışındaki ister Allah teala'nın hakkı ile isterse kul hakkı ile isterse de kul hakkı ile ilgili olsun, şer'an takdir ve tayin olunmuş bir ukûbettir, cezasıdır.

2. Hadlerin Çeşitleri

Hadlerin zina, kazf (iftira), sirkat (hırsızlık), yol kesme (hirabe), şürbül-hamr (içki içme)... vb. çeşitleri vardır.

Hanifelere göre: Hadler sirkat haddi, zina haddi, şürb haddi, sükr (sarhoşluk) haddi, kazf haddi olmak üzere beş çeşittir. Yol kesme genel manasıyla sirkat (hırsızlık) kavramının içine girer. Hanefîler dışında kalan âlimlere göre kısas ve riddet (İslâm'dan dönme) hadleri de had çeşitlerine dahil olur. Haddin Allah teâlâ tarafından tayin ve takdir edilen bir ceza olup hiç kimsenin onu tecavüz edip geçmesinin caiz olmaması itibarıyla ve esas olan görüşe göre Allah teâlâ'nın hakkı ile aralarında kısasın da bulunduğu kul haklarına şamil olması itibarıyla sayısı yediyi bulmaktadır.

Buna göre hadler hakkında iki ıstılah (terim) ortaya çıkmaktadır:

Birincisi, Hanefîlerin meşhur ıstılahı olup haddi, Allah teâlâ'nın yani cemiyetin hakkı olarak tayin ve takdir edilmiş bir ceza şeklinde tahsis etmektedir. Bunlar açıkladığımız gibi beş çeşittir. Yol kesme haddi sirkat haddine dahil edilmiş, taze üzümden yapılmış şarap içmekten dolayı gereken had (hadd-i hamr) ile, üzümün dışında kalan arpa, mısır, bal..vb. şeylerden yapılan sarhoşluk verici içki içilmesinden dolayı icap eden sükr haddi ayrı bir tür kabul edilmiştir.

İkinci ıstılah, Hanefîler dışında kalan cumhurunkidir. Ona göre takdir ve tayin olunan her cezaya mutlak manada had lafzı kullanılır. Bu ceza ister Allah teâlâ'nın hakları, isterse fertlerin hakları gözetilerek konulmuş olsun, farketmez. Kısas ve riddet hadleri de arasında bulunmak üzre yedi çeşittir.

1- *el-Mebsût*, IX, 36; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 112; *el-Bedâyi'*, VII 33; *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 163; *Hâşiyetu İbni Âbidîn*, III, 154; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 155.

2- *el-Cerime ve'l-Ukûbe*, 64, vd.

Bu yedi çeşit haddi ele alırken şer'an her birinin takdir olunmuş cezaları bulunması esasından hareket ederek had gerektiren cürümleri şu sekiz başlıkla izah edeceğiz: Zina, kazf, şürbü müskir (sarhoş edici içki içmek), sirkat, hırâbe (yol kesme ve eşkıyalık), bağy (müslümanların imamına isyan ve cemaatten ayrılma), riddet, kısası icap ettiren taammüden adam öldürme. Malikîlerden İbni Cüzeyy şöyle diyor [1]: Cezayı gerektiren cinayet ve cürümler on üçtür: Öldürme, yaralama, zina, kazf (iftira), şarap içme, sirkat (hırsızlık), bağy, hırâbe, riddet, zındıklık, Allah teâlâ'ya sebbetme ve küfretme, peygamberlere ve meleklere sövme, sihir yapma, namaz ve orucu terketme.

Görüldüğü gibi İslâm fıkhı ıstılahında cinayet, cürüm (suç) manasına gelmektedir. el-Maverdî şöyle der: [2] Cürümler, şer'î yasaklardır. Allah teâlâ bunlardan menetmiş, bunun için had ve tazir cezaları koymuştur. Yine görüldüğü üzere zındıklık ve ondan sonra sayılan cürümlerin cezası, riddet (İslâm'dan dönme) cezası gibi tövbe edilmediği takdirde ölümdür. Cinayetler (suçlar) konusunda benim müstakil bir araştırmam bulunmaktadır. Zira fakihlerimizin cinayetler konusundaki sözleri, sadece cumhur nazarında had sayılan kısası icap ettirici hususlara dair değildir. Daha geniş konuları, meselâ diyetler, hayvanlara eziyet, duvar ve bina çökmesinden kaynaklanan zararların nasıl giderileceği, cinayeti (suçu) ispat yolları gibi çeşitli sahaları da içine almaktadır.

3. Hadlerin Meşru Kılınmasındaki Hikmet

Hadlerin ve cezaların meşruluğundaki hikmet, insanları bu cürümleri işlemekten alıkoymak, toplumu fesattan korumak ve günahlardan temizlemektir. İbni Teymiyye şöyle diyor: "İnsanlar arasında meydana gelen can, beden, ırz ve mallara taalluk eden öldürme, yaralama, iftira, çalma... gibi cinayet ve cürümlere dair meşru kıldığı ukûbât ve cezalar, Allah teâlâ Hazretlerinin rahmeti cümlesindendir. Bu cinayetlerden caydırıcı ve alıkoyucu tedbirleri son derece sağlam bir şekilde vaz'etmiş, suç işlemeye engel olma maslahatını ihtiva eden en kâmil usulleri koymuş; bu arada caniyi menederken lâyık olduğundan daha fazla ceza vermemiştir. Meselâ yalan söylemekten dolayı dili kesme veya ölüm cezası, zinadan dolayı iğdiş etme, hırsızlıktan ötürü kişiyi idam etme cezaları vermemiştir. Bilakis felâketler ortadan kalksın, kimse zulüm ve düşmanlık yapma hevesi taşımasın, herkes yaratıcısı ve maliki olan Allah teâlâ'nın kendisine verdiğine kanaat edip başkasının hakkını gasbetmeye kalkışmasın diye esmâ-i hüsnâ ve yüce sıfatlarının icap ettirdiği hikmet, rahmet, lütuf, ihsan ve adalete uygun müeyyide ve cezalar meşru kılmıştır." [3]

1- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 344, Fas baskısı.

2- *el-Ahkâmu's-Sultâniyye,* 211.

3- İbni Teymiyye'nin kıyas hakkındaki risalesinin 85. sayfasına, *es-Siyâsetü'ş-Şer'iyye* adlı kitabının 98. sayfalarına bakınız. Ayrıca bkz. *Kavâidü'l-Ahkâm* (el-İzz b. Abdüsselâm), I, 163-165; *İ'lâmu'l-Muvakkıîn,* II, 95, 107 vd.

El kesme işkence ve şiddete varan aşırı bir ceza mıdır?

Gerçekte el kesme cezasının tatbik edilmesi, mücrim (suçlu) ve toplumda bulunan onun gibiler için münasip bir cezadır, bütün insanlara merhamet ve şefkattir. Libya'da yayınlanan 1972 tarih ve 148 no'lu sirkat (hırsızlık) ve hırâbe (yol kesme) hadleriyle ilgili kanunun izah müzekkiresinde şöyle denilmektedir: Bazı şüpheci ve kuşkucu kimselere sirkat ve hırâbe hadleri neticesi olarak el kesme cezası, medeniyet ve ilericilik ile bağdaşmıyor gelebilir; bunlar bu hadleri şiddet ve katılıkla nitelendirebilirler. Böyle düşünenler, dikkatlerini sadece cezanın şiddeti noktasına toplamakta, suçun ne denli korkunç olduğunu ve topluma yansıyan son derece tehlikeli tesirlerini görmezden gelmektedirler. Suç işlemiş hırsızın kesilen eline ağlamaya çalışırken hırsızlık cürmü ve bu suçun kat kat fazla tehlikelerine duyarsız davranmaktadırlar. Halbuki hırsızlık yoluyla irtikâp edilmiş nice suçlar, kişilere saldırı cürümleri vardır. Birçok masum insan, hırsızlık olayları neticesi önemli sakatlıklara maruz kalmıştır. Nice mallar bu sebepten gasbedilmiş, servetler talana uğramıştır. Yine bir çok kişi mallarına ve kazanç kapısı olan iş yerlerine yapılan tecavüz sebebiyle işini gücünü kaybetmiştir. Ne yazık ki, bütün bunlar, toplumun güvenliği ve istikrarı için kesilmek zorunda kalınan bir kaç ele acıyan kişilerin hatırına gelmemektedir.

Bunlar biraz düşünüp acaba toplum için hangisi daha ehven ve iyidir diye niye sormazlar? Her sene bir iki elin kesilmesi neticesinde hırsızlığın ortadan kalkması, ondan sonra artık hiç el kesmeye gerek kalmaması; bu suretle insanların mal ve can güvenliği içinde yaşaması mı yoksa bir çok devletin yaptığı gibi her sene sadece hırsızlık suçundan ötürü on binlerce kişinin tutuklanıp muvakkat veya müebbed ağır hapis cezalarına çarptırılması, ama hırsızlığın kaybolması şöyle dursun artarak, çeşitlenerek ve tehlikeli boyutlara ulaşarak devam etmesi mi?...

Zamanımızda hâlâ işyerlerinin soyulduğunu, güpegündüz taşıt araçlarının yağmalanıp talan edildiğini duymakta, mallara yapılan saldırıların yanısıra kişilere ve ırzlara da tecavüzlerin vaki olduğunu işitip durmaktayız. Bu olaylar sayılamayacak kadar çoktur; hiç bir teknik ve yönetim tarzıyla takibi yapılamayacak kadar fazladır.

Hem sonra tehlikeli suçların önüne geçmek ve onlara karşı mukavemet etmek ancak şiddetli ve tesirli ukubât (cezalar) ile mümkün olabilir. Ukûbet kelimesi ıkâb (ceza) kelimesinden türemiştir. Yumuşak ve zayıf olarak mevsuf olan bir ıkâb ise ıkâb olamaz. Başarılı netice alan ıkâb (ceza), suç ve cürmü alt edendir; suç karşısında mağlup olan değil.

Öbür taraftan vaz'î müşerrîler (beşerî kanun koyucuları), bazı tehlikeli suçlar için idam cezasını fazla bulmamaktadırlar. Halbuki idam cezasının hırsızlık ve yol kesmeden dolayı el kesme cezasını tatbik etmekten daha şiddetli olduğuna şüphe yoktur. O hâlde suç ile mücadele hususunda itibar, münasip ve tesirli ceza tatbiki-

nedir.

Hiç kuşkusuz gerçek şudur ki, hırsızın veya hırsızlardan sayılan düşmanın elini kesmek, hırsızlığın toplumda başıboş kalıp masum insanları korkutan ve bir çok suçlara, kötülüklere yol açan felâket halini almasından daha ehven ve hafiftir.

Tarih gösteriyor ki, İslâm toplumu şer'î hadleri tatbik ettiği zamanlarda malından, ırzından, nizamından emin olarak huzur içinde yaşamıştır. Hatta nefsini arındırmak, günahının kefaretini ödemek için suçlunun bizzat kendisi, kendine had uygulanması talebinde bulunmuştur.

Ayrıca Hırsızlık ve yol kesme hadlerinin uygulandığı bölgelerde bu tür suçlar yok denecek kadar azalmıştır.

Bütün bunlardan anlaşıldığı üzere hırsızlık ve yol kesme cezasının çok şiddetli gibi görünmesi gerçekte toplumun geneli için ortak bir merhamet ve şefkattir. Bu suretle toplum bu iki cürmün şerlerinden, tehlikelerinden kurtulur.

Şüphesiz Allah teâlâ'nın hükmüne karşı çıkan, günâhkâr belli sayıda bazı insanların el ve ayaklarının feda edilmesi, suçun serbest bırakılıp binlerce masumun canının, bedeninin, servetlerinin gadre uğramasına yol açmaktan daha hafif kalmaktadır. Cezanın bizzat kendisinin şiddetli olması aslında içinde suç işleme hevesi taşıyanlar için rahmettir. Cezanın ağır oluşu onları suç işlemekten alıkoymakta, dolayısıyla cürmün çukurlarına yuvarlanmaktan kurtarmaktadır. Dar bir çerçevede uygulanan şiddet, geniş toplum tabakalarına yayılan umumî bir rahmete vesile olmaktadır. Nasıl olmasın ki, İslâm şeriatinin kendisi rahmet ve şefkat nizamıdır. *"Rabbiniz kendisi için merhameti iltizam etti"* buyuran Allah teâlâ değil midir? Her zaman zikrettiğimiz gibi O Rahman ve Rahimdir. Peygamberimiz (a.s.) de şöyle buyurmaktadır: *"Merhametlilere Rahman olan Allah da acır."* (1) Peygamber Efendimiz hayvanlara bile şefkatle davranmamızı emretmiştir. Böyle bir şeriat ve nizamın hadlerle ilgili olarak vaz' ettiği hükümleri şiddet ve katı davranma maksadıyla koyması hiç mümkün değildir; sadece insanların hepsi için rahmet tarafını nazar-ı itibara almıştır. Şer'î hadlerin az bir topluluğun üzerindeki tesirine bakıp, bütün olarak toplum hakkındaki olumlu yönlerine bakmamak ters ve yanlış bir davranıştır, kasıt taşımaktadır, şüphe uyandırmaktadır. Çünkü itibar, insanların toplu olarak elde edecekleri menfaatedir; suçları sabit olmuş, cezayı düşürecek bir gerekçeleri de bulunmayan mücrim ve suçluların menfaatine değil.

Bununla beraber zihinden uzak tutulmamalıdır ki İslâm, suçun işlendiği yakin olarak, kesin bir şekilde sabit olmadıkça haddin tatbik edilmemesine son derece özen göstermiştir, suçu ispat etme yolları üzerinde hassasiyetle durmuştur. Ondan

---

1- Hadisi Ebu Dâvud ve Tirmizî, Abdullah b. Amr tarikından şu lafızla rivayet etmişlerdir: *"Yeryüzündekilere acıyın ki gökdekiler de size acısın. Merhamet; Rahman sıfatının şubelerinden bir şubedir. Onu gözeteni Allah da gözetsin, onu gözetmeyenden Allah da rahmetini kessin."*

sonra da şüphe bulunması hâlinde had cezasını düşürmüştür. Bütün bu sebeplerden dolayı had ancak istisnaî ve nadir durumlarda tatbik olunmuştur. Suçu önlemek ve suç üzerindeki halkayı mümkün olan azamî derecede daraltmak için faal tesirin meydana gelmesine de zaten bu nadir hâllerdeki tatbikat kâfidir. Hatta celd (sırta sopa vurma) gibi bazı hadlerin şer'î usullerine uygun olarak tatbik edilmesi bir çok asi ve günahkâra -uzun olsun, kısa olsun- bir zaman hapis karanlıklarında kalmaktan daha kötü değildir. Recm (taşlayarak öldürme) cezasına gelince bu, ırza tecavüz edenlerden toplumun intikam almasını temsil eden ve suçtan caydırıcı, ilâmî (tanıtıma yönelik) yolla yapılan bir öldürme olayından ibarettir.

Hadler ile tazirler arasındaki fark:

Malikîlerden el-Karâfî hadler ile tazirler arasında on fark bulunduğunu zikretmiştir. Onlar da şunlardır: [1]

1- Takdir: Had ve kısası icap ettiren cürümlerin cezaları, şeriatte önceden tayin ve takdir edilmiştir. Hakimin, suçlunun haline veya cürmün işlendiği şartlara göre ceza takdir etme salahiyeti yoktur. Tazir cezalarında ise takdir, hakime bırakılmıştır. Sanığın durumuna, şahsiyetine, sabıkasına, cezadan etkilenme derecesine, cürmün işlendiği şartlara ve topluma olan tesirine göre uygun cezaya o karar verir.

Fakat tazir cezasında takdir yetkisinin hakime verilmesinin bazı kaide ve esaslara bağlı bulunduğu da mülâhaza olunmalıdır. Bu esasların en önemlisi kendisine arz olunan meselelerde hakimin uygun gördüğü meşru tazir cezalarını tercih etmesidir. Ayrıca müslüman bir hakimin son derece adalet ve takva üzere bulunması gerektiği de göz önüne alınmalıdır. Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere göre tazir cezasını takdir edecek hakimin içtihat derecesine ulaşmış olması lâzımdır. İşte ortaya çıkıyor ki, bu yetki, hiç bir mesnede dayanmayan, tahakküm gayesi güden veya sanıklar için hiç bir hak ihtiva etmeyen yahut hakimin temayül ve zulmüyle olmasa da hatası ya da bilgisizliği sebebiyle müttehemin (sanığın) zarara uğradığı bir yetki değildir. [2]

Bununla beraber ceza maddelerinin kanunlaştırılıp devletin suçlar ve tazir cezalarıyla ilgili belli bir nizam kabul etmesinde de bir beis yoktur. Zira tazirin takdiri meselesinde asıl tasarruf imama, yani içtihat derecesinde bulunup mahkeme başkanlığını üstlenen devlet başkanına aittir. Devlet başkanına mütehassıs hakimler naib olurlarsa nizam ve usuller dairesinde karar verirler.

Fakihler, tazirin en az miktarının sınırlanamayacağı hususunda ittifak hâlindedirler. Fakat en fazla ne kadar olacağı hakkında farklı görüşleri vardır.

Malikîlere göre: Bu hususta bir sınır yoktur. Ashâb-ı kiramın Ma'n b. Zâide[1]

1- *el-Furûk,* IV, 177-183.
2- Dr. Abdulaziz Âmir, *et-Ta'zîr,* 50. (Doktora tezi)

hâdisesindeki icması buna delildir. Ma'n, Hz. Ömer'in ağzından düzmece bir mektup yazmış, halifenin mührü gibi bir mühür kazıtmıştı. Bazı kimseler affedilmesi için şefaatte bulununca: "Bana onun dövülmesini hatırlattılar, yoksa unutmuştum." demiş; yüz değnek daha vurmuş, bilahere yüz sopa daha vurmuştur. Çünkü aslolan cinayetlerin cezalarının eşit olmasıdır. Halife Ömer b. Abdulaziz de şöyle demektedir: İnsanların başına, ihdas ettikleri fısk u fücur (günahlar) miktarınca problemler, meseleler çıkar.

Ebu Hanife'ye göre: Tazir cezası, hadlerin en az sınırını geçemez ki, o da köleye vurulan had mikdarı olan kırk celde (sopa) dir. Tazirde bu miktardan bir kamçı noksan uygulanır.

Şafiîlere göre: İmam Şafiîden bu meselede iki kavil (görüş) vardır. Bunların esah olanı Ebu Hanife'nin görüşü gibidir. İzahı ileride gelecektir. Delilleri *Sahihayn*'da rivayet edilen şu haberdir: *"Resulullah (a.s.) Efendimiz buyurdu ki: "Allah teâlâ'nın farz kıldığı hadler dışında on adedden daha fazla celde (sopa) vurmayınız."* (2) Fakihlerin on kamçıdan fazla vurulmasını kararlaştırmaları sebebiyle bu hadis karşısında şu şekilde cevap getirilmiştir: Hadis bazı maslahat ve faydalar dolayısıyla tedib için kölesini döven efendi, karısını döven koca, çocuğunu döven baba hakkındadır, veliyyülemr (idareci ve devlet başkanı) hakkında değildir. Yahut hadiste çocuklar, deliler, hayvanlar gibi mükellef olmayanlar murad edilmektedir.

Hanbelilere göre: (3) Hür kimseye verilecek tazir cezası ona tatbik edilebilecek had cezalarının en az miktarına ulaşamaz. Ancak sebebi vat' (ırza tecavüz) olan tazir müstesna. Bundan dolayı hür kimse hakkında sürgün olmaksızın tazir cezasının sınırı yüz celdeyi bulabilir. Bir rivayete göre yüz celdeye ulaşmaz, bir kamçı eksik olur; sultanın uygun gördüğü şekilde bir azaltma da yapılabilir.

2- İnfaz edilmesinin vacip oluşu: Hadlerin ve kan sahibinin affı bulunmayan kısasın infaz edilmesi veliyyülemr olanlara vaciptir. Hiçbir sebeple bunlarda af, ibra, şefaat, iskat mümkün değildir.

Tazirin infazı hakkında ise farklı görüşler vardır. İmam Malik, İmam Ebu Hanîfe ve İmam Ahmed, yani cumhur şöyle der: Tazir, Allah teâlâ'nın hukukuna taalluk ediyorsa diğer hadlerde olduğu gibi infazı vaciptir. Ancak müslümanların imamı olan zatın kanaatine göre kınama, sözle ikaz da maksadı gerçekleştirecekse tazirin infazı vacip değildir. Diğer bir ifade ile tazir, Allah teâlâ'nın hakkıyla ilgili ise imamın onu terketmesi caiz değildir. Fakat fayda görülürse veya cani (suçlu) ta-

1- Bu zatın Ma'n b. Evs olduğu anlaşılıyor. Halim selim olmasıyla meşhur olan Ma'n olmayıp sahabe de değildir.

2- Neseî hariç *cemaat,* Ebu Bürde'den rivayet etmektedirler: *"Allah teâlâ'nın hadlerinden olan bir had dışında on kamçıdan fazla celde vurmayınız." Neylü'l-Evtâr,* VII, 149.

3- *el-Kavâid, (İbni Receb),* 311; *el-Muğnî,* VIII, 324.

zirsiz de suçtan vazgeçerse af ve şefaat caizdir.

Şahıslara ait bir hak olarak icap eden tazire gelince: Hak sahibi affederek veya başka bir şekilde tazirden vaz geçebilir ki bu da mahkemede dava açmaya bağlıdır. Ama hak sahibi, hakkını talep ediyorsa veliyyülemrin o hususta af, şefaat, iskat (düşürme) gibi bir salahiyeti yoktur.

İmam Şafiî: "İmamın taziri infaz etmesi vacip değildir, isterse uygular isterse terkeder" diyor. Delili sahih olarak gelen şu rivayettir: *"Resulullah (a.s.), Zübeyr hakkında önce kendi bahçesini sulamasını, ondan sonra da suyu daha aşağıdaki komşusuna salmasını söylediğinde, kendisine: "Halanın oğlu diye mi ona müsamaha ediyorsun?!.." diyen Ensarlı* [1] *zata tazir cezası tatbik etmemiştir."* Ayrıc tazirin belli bir mikdarı yoktur; babanın, hocanın, kocanın tedip için dövmelerinde olduğu gibi tazir de vacip değildir. [2]

Hadler ile tazirler arasında bu noktadaki farklılığın esası şudur: Hadler, halis olarak Allah teâlâya aittir. Kısas ise ferdlerin haklarından olduğu için ferdlerin kısasta affedilmeleri caizdir. Tazirlerin bir kısmı Allah teâlânın hakkıyla, diğer bir kısmı da fertlerin haklarıyla ilgilidir.

3- Usul veya genel kaide ile ittifak hâlinde bulunmak: Tazir. "Suçun değişmesine göre cezanın da değişmesi zaruridir." diyen genel kaideye veya usule uygundur. Hadler ise böyle değildir, suçun büyüklüğüne, hacmine göre değişiklik göstermez. Şeriat, hırsızlık olayında bir dinar gibi az bir hırsızlık ile bin dinar gibi büyük bir hırsızlığı; şarap içme meselesinde bir damla içen ile bir testi içmeyi öldürme olayında âlim, salih, müttaki, cesur bir kimseyi öldürmek ile basit bir kimseyi öldürmeyi müsavi kabul etmiştir.

4- Cerîmenin (suçun) masiyet ile vasfedilip edilmeyeceği:

Tazir, mefsedeti takip eden bir tediptir. Çoğu şekilleride beraberinde isyan olmaz. Suçları bulunmadığı hâlde ıslah gayesiyle çocukların, hayvanların, delilerin tedip edilmeleri gibi.

Şeriatin miktarı belli hudûdu (halleri) ise araştırma ve taharrî ile amel edildikten sonra ortaya çıkan bir masiyet hakkındadır.

1- *Neylü'l-Evtâr,* V, 307; *İ'lamu'l-Muvakkıîn,* II, 99; *Câmiul-Usul,* IX, 565. Hadisi Buhari, Müslim Ebu Dâvud ve Neseî, Abdullah b. Zübeyr'den rivayet etmektedirler.

2- Hadisle istidlâle şu şekilde cevap verilmiştir: Tazir, Resulullah'ın kendi hakkı olduğu için affedebilir. Allah teâlâ'nın hakkı böyle değildir, terkedilemez. Tazirin belli bir mikdarı yoktur, diye delil getirilmesine ise; belli bir mikdarı bulunmayan fakat vacip olan başka şeyler de vardır; meselâ zevcelerin ve akrabaların nafakaları, insanın beytulmalde bulunan hissesi gibi, diye cevap verilmiştir.

5- Cezanın düşmesi: Vacip olduğunu kabil etsek bile tazir bazen düşer. Meselâ cani çocuk ise veya mükellef bir kişi olup basit bir suç işlemişse ve o hususta verilecek ceza hafif olduğu için suçtan alıkoyacak derecede olması yahut da şiddetli bir ceza verilmesi vacip olmaması sebebiyle asıl maksadı tahakkuk ettiremese böyledir. Had ise vacip olduktan sonra hiç bir durumda düşmez.

6- Tövbenin tesiri: Tazir tövbe ile düşer. Bu hususta bilinen bir ihtilâf yoktur. Hudûd ise, ilerde de açıklayacağımız gibi Hanbelîler hariç âlimlerin cumhurunun nezdindeki sahih görüşe göre tövbe ile düşmez. Ancak: *"Kendilerini yakalamanızdan önce tövbe edenler müstesna."* ayetine binaen hırâbe (yol kesme) haddi düşebilir.

7- Muhayyerlik: Tazir cezalarında muhayyerlik, tercih etme durumu mutlak olarak vardır; hırabe dışındaki hadlerde ise yoktur.

8- Hafifletici şartları dikkate almak: Tazir, cinayete (suça), fâil (suçlu) ve mef'ile (suça maruz kalana) göre farklılık gösterir; yani şahıslara ve suçlara göre değişir. Tazir cezası verirken cinayetin miktarı, caninin ve cinayete maruz kalanın durumu göz önüne alınır. Hadler ise böyle değildir, failine göre değişmez. Hadler ve kısas üzerinde hafifletici şartların her hangi bir tesiri, fonksiyonu yoktur. Bu madde daha önceki maddeyi tamamlamaktadır.

9- Cürmün yeri ve zamanını nazar-ı itibara alma: Tazir, asırlara ve mekânlara göre değişir. Nice tazir vardır ki, bazı ülkelerde ceza sayılırken, başka ülkelerde ikram yerine geçmektedir.

10- Allah teâlânın hakkı, kulun hakkı: Tazir iki türdür. Bazısı ashab-ı kirama, Kur'an-ı Kerim'e hücum etmek, dil uzatmak şeklinde dinen saygı gösterilmesi gereken şeyleri çiğnemek gibi Allah teâlâ'nın hakkına riayet etmek için takrir olunmuştur; bazısı da şahsî olan kul hakkını meselâ, filân kimseye sövülmesi ve onun döğülmesi... gibi korumak için kabul edilmiştir.

Hudûdun (had cezalarının) hepsi de bütün mezhep imamlarınca Allah teâlânın hakkı kabul edilmiştir. Kazif (iftira) haddinde ise Allah hakkına mı kul hakkına mı taalluk eder, diye ihtilâf vardır.

İmam Şafiîye göre tazir ile had arasındaki farklardan biri de şudur: Had neticesinde meydana gelen telef ve zarar heder olur, tazmin edilmez. Fakat tazir neticesinde doğacak zarar tazmini icap ettirir. Bunun dayandığı delil Hz. Ömer'in şu fiilidir: *"Hz. Ömer, hamile bir kadını huzuruna çağırtmış, kadın korkudan dolayı cenini ölü olarak düşürmüştü. Hz. Ömer, Hz. Ali ile bu hususta müşavere etmiş, Hz. Ali ceninin diyetini vermekle mükellef olduğuna hükmetmişti."* Diyeti, veliyyülemr olan şahsın akılesi öder veya, beytülmal'den karşılanır diye de görüşler vardır.

Ama Ebu Hanife, Malik ve Ahmed'e göre mutlak olarak tazmin icap etmez. Bu kişiye İmamü'l-müslimin had uygular da o kişi bunun neticesinde ölürse, kanı hederdir. Zira her iki durumda da İmam, had ve taziri uygulamaya memurdur. Memurun fiili ise, selâmet şartıyla kayıtlı değildir. (1)

1- *eş-Şerhu'l-Kebîr ve Haşiyetü'd-Desûkî,* IV, 355; *Reddü'l-Muhtar,* III, 196; *et-Tazir* isimli tez, 5 vd.

ZİNA HADDİ

Zina, haram olan çok çirkin, şen'î bir fiil olup büyük günahlardandır. Bütün dinler zinanın haram olduğunda ittifak hâlindedirler; hiç bir dinde helâl kabul edilmemiştir. Bu sebepten zina haddi, hadlerin en şiddetlisidir. Çünkü zina ırz ve nesepler hakında irtikâp edilmiş bir cinayettir (suçtur.) Allah teâlâ şöyle buyurmaktadır: *"Zinaya yaklaşmayın. O çirkin bir iştir, çok kötü bir yoldur."* (İsrâ, 32). *"Rahman'ın kulları Allah teâlâile beraber başka bir ilâha yalvarmazlar. Allah'ın öldürülmesini haram kıldığı cana kıymazlar. Zina etmezler. Bunları yapan günahı(nın cezâsını) bulur. Kıyamet günü azabı kat kat olur, hor ve hakir olarak azabta temelli kalır."* (Furkân, 68-69).

Bakir (evlenmemiş erkek ve kadın) hakkındaki zina haddinin meşruluğu ile ilgili esas Allah (c.c)'ın şu ayet-i kerimesidir: *"Zina eden kadın ve zina eden erkeğin her birine yüzer sopa vurun."* (Nûr, 2). Muhsan (evlenmemiş erkek ve kadın)ın recmedilmesi (taşlanarak öldürülmesi) hükmü Peygamber Efendimiz (a.s.)'in sünneti ile sabittir. Zira Resul-i Ekrem (a.s.)'in, Mâiz isimli şahısla Benî Gâmid'den bir kadını recmettirdiği, *Tuhfetu'l-Fukahâ* isimli fıkıh kitabının hadislerini tahrîc ederken de belirttiğimiz gibi [1] bir kısmı mütevatir derecesindeki hadislerle nakledilmiştir.

Recmin meşru olduğu hakkında ashab-ı kiramın da icması vardır.

Zina haddi Allah teâlânın halis haklarındandır. Bu aynı zamanda zinadan kaynaklanan ve âileye, nesillere ve toplum düzenine dokunan zararlardan dolayı toplumun hakları arasında sayılır.

Bütün mezhep imamları, Peygamberimizin (a.s.): *"Üç sınıf kimseden kalem ref olunmuştur (kalem onların günahını yazmaz): Büyüyünceye kadar çocuktan,*

1- *Tuhfetu'l-Fukahâ,* III, 188, 192. Hadisin kısaca tahrici daha sonra gelecektir.

uyanıncaya kadar uyuyandan, bir de kendine gelinceye kadar deliden." [1] hadis-i şerifine dayanarak çocuk (sabi) ve deliye had tatbik edilmesinin vacip olmadığında ittifak etmişlerdir.

Zina haram olduğu gibi livata (erkek erkeğe ilişki, homoseksüellik) da aynı şekilde haramdır. Hatta livata, zinadan da çirkin ve kötüdür. Allah teâlâ şöyle buyurmuş: *"Lût, kavmine şöyle demişti: Bütün alemlerde hiç bir kimsenin sizden önce yapmadığı bu fuhuşu mu irtikap ediyorsunuz"* (A'raf, 80) ve livatayı fuhuş diye isimlendirmiştir. Yine Cenabı Hak: *"Fuhşun açık ve gizli hiç bir şekline yaklaşmayın"* (Enâm, 151) buyurmaktadır. Nitekim Allah teâlâ Lût kavmini insanlardan hiç birine vermediği bir azapla azablandırmıştır. Resul-i Ekrem (a.s.) Efendimiz de şöyle buyurmaktadır: "Lût kavminin yaptığı fiili yapanı bulduğunuzda fâili de mefulü (kendisine o çirkin iş yapılanı) da öldürünüz." [2]

Sihâk (lezbiyenlik) da aynı şekilde haramdır. Bunu yapana tazir cezası uygulanır. Beyhakî, Ebu Musa el-Eş'arî'den -Resulullah (a.s.)'ın şöyle buyurduğunu rivayet ediyor: *"Erkek, erkeğe yanaşırsa ikisi zinacıdır. Kadın, kadına yanaşırsa onların ikisi de zinacıdır."* [3] Vâsile (r.a.) de Peygamber (a.s.)'in şöyle buyurduğunu belirtiyor: *"Kadınların birbiriyle yaptıkları yakınlaşma aralarındaki zinâdır."* [4]

Toplayacak olursak, göz zinanın elçisidir. Peygamber Efendimiz şöyle buyuruyor: *"İki göz de zina eder, iki el de zina eder, iki ayak da zina eder. Ferc (cinsiyet uzvu) onların hepsini doğrular veya yalana çıkarır."* [5] Hadis, gözü harama bakmaktan korumanın şer'î yönden farz olduğuna delildir. Nitekim Allah teâlâ da şöyle

---

1- İmam el-Bezzâr, hadisi *Müsned*inde bu lafızla Ebu Hureyre'den rivayet etmiştir. El-Heysemî, hadisin senedinde *metrûk* bir ravi olan Abdurrahman b. Abdullah b. Ömer b. Hafs olduğunu belirtmiş; ancak başka sahabelerden değişik lafızlarla şu rivayetleri nakletmiştir. Tirmizî dışındaki dört *Sünen* sahibi ile İmam Ahmed ve İbni Hıbbân şu lafızla rivayet ediyorlar: *"Kalem üç kimseden kaldırılmıştır: Uyanıncaya kadar uyuyandan, büyüyünceye kadar küçük çocuktan, iyileşinceye kadar deliden."* Hadis Ali b. Ebu Talib, Ebu Katâde, Sevbân ve Şeddâd b. Evs'ten da rivayet edilmiştir. *Nasbu'r-Râye,* IV 161 vd; *Câmiu'l-Usûl,* IV, 271, 349; *Mecmau'z-Zevâid;* VI, 151; *Sübülü's-Selâm,* III, 180.

2- Ebu Dâvud, Tirmizî, İbni Mace, Ahmed, el-Hâkim ve el-Beyhakî, İbni Abbas'tan; el-Bezzâr *Müsned*'inde, İbni Mace, el-Hâkim *Müstedrek*'inde Ebu Hureyre'den tahric etmişlerdir. *Nasbu'r-Râye,* III, 339 vd; *Câmiu'l-Usûl;* IV, 271, 305; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 351.

3- Beyhakî Ebu Mûsâ'dan rivayet etmektedir. İbni Hacer, senedde Muhammed b. Abdurrahman el-Kuşeyrî'nin bulunduğunu, Ebu Hâtim'in onun hakkında "kâzib" dediğini söylemektedir. Hadisi Ebu'l-Feth el-Ezdî, *ed-Duâfâ*'da, Taberânî de *el-Mûcem'ul-Kebîr* de yine İbni Abbas'tan başka bir vecihle rivayet etmişlerdir ki, bunun senedinde de Bişr b. el-Fadl el-Becelî isimli meçhul bir ravi vardır. Ebu Dâvud et-Tayâlisî de hadisi aynı sahabeden *Müsned*'inde tahric etmiştir. *et-Telhîsu'l-Habîr,* 352.

4- Hadisi Ebu Ya'lâ rivayet etmiştir. Senedin ravileri *sika*dırlar. et-Taberânî aynı hadisi: *"Kadınlar arasındaki sihâk (birbirlerinden şehvetle istifade etme, lezbiyenlik) onların arasında meydana gelen zinadır."* lafzıyla rivayet etmiştir. *Mecmau'z-Zevâid,* VI, 256.

5- Müslim Ebu Hüreyre'den rivayet etmiştir: *"Resulullah Efendimiz (a.s.) buyuruyor ki: "Âdemoğlu-*

buyuruyor: *"Mümin erkeklere söyle: Gözlerini harama bakmaktan sakınsınlar, ferclerini de haramdan korusunlar."* (Nûr, 30). *"Mümin kadınlara söyle: Gözlerini haramdan sakınsınlar, ferclerini de haramdan korusunlar."* (Nûr, 31). Zina yahut livata hükmüne gireceğinden fercine mübaşeretin haram olduğu kimselerle ferc dışında şehvetle mübaşeret de haramdır. Çünkü Allah teâlâ şöyle buyuruyor: *"Onlar ferclerini de korurlar. Ancak zevceleri veya sahip oldukları cariyeler müstesna. Onlarla münasebetten dolayı kınanmazlar."* (Müminûn, 5-6)

"Onlar ferclerini korurlar" ayet-i kerimesi gereğince istimna (elle şehvetini tatmin, mastürbasyon) da haramdır. Çünkü bu neslin kesilmesine götürebilecek bir mübaşerettir. Bunu yapana had uygulanmaz, tazir cezası verilir. Çünkü istimna, cima gibi bir münasebet değildir, yabancı bir kadınla ferc dışında yapılan münasebete benzemektedir.

Yine aynı ayet-i kerimeye binaen bir ölüyle veya hayvanla cinsî ilişki de haramdır. [1] Bununla ilgili had cezasını yerinde söyleyeceğiz.

1. Zina Haddinin Sebebi ve Zinanın Tarifi

Sebebi: Zina haddinin sebebi zina suçunu işlemektir. Fakat fakihler bu suçun gerçekleşmesi için çok dakik, hassas kaideler koymuşlardır. Çünkü hadler, ekseriya cezadan kurtarmak ve cezayı düşürmek üzere kuruludur. Toplumun bu çeşit fuhşun yayılması ve kötülüklerine dalması şöyle dursun duyulmasından bile korunmaya çalışılır.

Tespit edilen bu kaide ve kurallar tam bulunmadığı takdirde had düşer. Şayet vat' (cinsi temas) bir şüpheye mebnî vuku bulmuşsa tazir cezası veya mehir ödenmesi vacip olur. Çünkü haram olan her cinsî münasebette ya *akr* (yani ceza veya caydırıcı bir had) ya da *ukr* [2] (yani şüphe durumunda suçu nisbeten tamire yarayacak mehir ödenmesi) bulunur.

---

na zinadan nasibi yazılmıştır, çaresiz ona erişecektir. İki gözün zinası bakmaktır. İki kulağın zinası fuhuşla ilgili şeyleri dinlemektir. Dilin zinası fuhuşla alakalı sözdür. İki el de zina ederler; zinaları harama el uzatmaktır. İki ayak da zina eder, zinaları fuhşa yürümektir. Kalp de zinaya heves eder, yapmayı temenni eder. Artık ferc de bunları doğrular yahut yalana çıkarır." Hadisi, Buharî ve Müslim başka bir lafızla İbni Abbas'tan tahric etmişlerdir. Ahmed, Ebu Ya'lâ, el-Bezzâr ve et-Taberânî de -ki bu son ikisinin isnadı *ceyyid*dir- İbni Mes'ud'dan şu lafızla rivayet ediyorlar: *"İki göz zina eder, iki ayak zina eder, iki el zina eder, ferc zina eder." Nasbu'r-Râye,* IV, 248; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 324; *Mecmau'z-Zevâid,* VI, 256.

Âdemoğluna zinanın yazılmasından maksat Allah teâlâ'nın bütün olayları ve tasarrufları kuşatmış olan ilm-i ilâhîsine göre insanın ortaya koyduğu fiilini tekid ve takrirdir. Yoksa bu farz kılmak veya yapmaya mecbur kılmak demek değildir. İnsanın tasarruflarının Allah teâlâ'nın ilmine mutabık olarak vâki olması lâzımdır; zira ilm-i ilâhî değişmez.

1- *Haşiyetü İbni Âbidîn,* III, 171; *el-Mühezzeb,* II, 268 vd; *Hâşiyetü'd-Desûkî,* IV, 316; *el-Muğnî* VIII 187; *Gâyetü'l-Münteha,* III, 334.

2- *el-Kitab ma'al-Lübâb,* III, 22, 28.

Tarifi: (1) Zina lügatte ve şeriatte aynı manada kullanılır: Erkeğin, kadınla ön taraftan mülk ve mülk şüphesi bulunmaksızın cima etmesidir. (2)

Hanefîler zinanın, haddi icap ettiren kâide ve kurallarını açıklayıcı uzun bir tarifini vermişler ve şöyle demişlerdir: "Zina; dinen, kendisine şehvet duyulacak bir kadınla ön tarafından, İslâmın hükümlerini iltizâm etmiş bir erkeğin, isteğiyle, dâr-i adl yani İslâm ülkesinde, mülk ve nikâh hakikati, mülk ve nikâh şüphesi, mülk ve nikâh iştibah yerinde iştibah şüphesi bulunmaksızın yaptıkları haram cinsî münasebettir." (3)

Tarifin ve tarifteki kayıtların dışında kalan hususların açıklaması:

Vat': Cinsî münasebete verilen isimdir. Erkeğin uzvunun kadının uzvuna haşefe (sünnet yeri) mikdarı girmesi demektir. Haddi mucip olan vat', haşefenin kadın fercinde kaybolduğu miktardakidir. Bundan daha aşağı derecede olursa, meselâ uyluklarının birbirine değmesi, öpme gibi durumlarda had icap etmez.

Haram: Mükellef (akıllı ve bâliğ) olan şahıstan hasıl olan vat'dır. Çocuk, deli gibi mükellef olmayan kimselerin vat'ı haddi icap ettiren vat' sayılmaz. Bunlar mükellef olmadıklarından fiillerine de Peygamberimiz (a.s.)'in yukarıda geçen: *"Kalem üç kişiden kaldırılmıştır: Bülûğa erene kadarki müddet içinde sabî (çocuk)den,* (4) *uyanıncaya kadarki müddet içinde uyuyan kimseden, kendine gelinceye kadarki zaman içinde mecnun (deli)dan."* hadisine binaen haramlık vasfı verilmez.

Kubül (ön taraftan olması): Bu kayıtla dişi veya erkeğin dübür (arka) tarafından yapılan vat', tarifin dışında tutulmuştur. Bu şekil yaklaşmaya İmam Ebu Hanîfe'ye göre zina ismi verilmez. Sahibeyn (Ebu Yusuf ve Muhammed) ile Şafiî, Hanbelî ve Malikîler aksi kanaattedirler.

Kadın: Bununla hayvanlara vat' durumu tariften çıkmıştır. Çünkü o şekil, söylediğimiz gibi selim tab'ın nefret ettiği nadir bir iştir.

Diri olma: Bununla da ölüyle vat' hariç tutulmuştur. Zira o da seyrek görülen hallerdendir.

Müştehât (kendisine şehvet duyulabilecek kadın) *olması:* Müştehât olmayan,

---

1- Zina kelimesi Hicâz ehlinin lehçesinde kasr ile Necd ehli lehcesinde med ile (   ) yazılır.

2- *Hâşiyetü İbni Abidin,* III, 154; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 138; *Tebyînu'l-Hakâik,* III, 164; *el-Mühezzeb* (II, 266) de şöyle denir: "Dâr-ı islâm ehlinden bir erkek, arada bir nikah akdi veya akit şüphesi, mülk veya mülk şüphesi bulunmaksızın ve akıllı, bâliğ, ihtiyarı elinde olduğu, bu fiilin haramlığını bildiği halde cinsî yakınlaşması kendisine haram olan bir kadına vat' ederse o adama had uygulanması vacip olur. Eğer muhsan (evlenmiş) ise recmedilmesi vaciptir.

3- *el-Bedâyi',* VII 33; *el-İnâye Şerhu'l-Hidâye,* IV, 138.

4- Bu lafzı Ebu Dâvud Hz. Ali den tahric etmiştir. *"ihtilâm oluncaya kadar", "büyüyünceye kadar"* şeklinde biraz farklı lafızlarla gelen rivayetler de bulunmaktadır. Hadîsin tahrici yukarıda geçmişti. *Nasbu'r-Râye,* IV, 163.

kendisine şehvet duyulabilecek çağa henüz erişmemiş küçük kız çocuğuna vat' edene had uygulanmaz. Zira selim olan bir tab', böyle bir fiili işlemeyi kabullenemez.

İhtiyâr hali (kendi isteğiyle yapma): Vâtı'ın (cinsî mukarenette bulunan kimsenin), kendi ihtiyar ve iradesine malik olması icap eder. Bu hal, ister erkek için, isterse kendisine vat' olunan kadın için gereklidir. Zinaya zorlanan kimse hakkında had vacip olmaz. Alimlerin ittifakla beyanına göre zinaya imkân vermesi için ikrah olunan kadına da had uygulanmaz. Buna dair Peygamberimiz (a.s.)'in şu hadisi vardır: *"Ümmetimden hata, unutma ve yapmaya icbar olundukları şeyin mesuliyeti ve günahı kaldırılmıştır."* [1]

Alimlerin ittifakla beyanına göre zinaya imkân vermesi için ikrah olunan kadına da had uygulanmaz.

Şafiîlere göre zinaya zorlanan erkeğe had de, ta'zir de lâzım gelmez. Malikîlerin muhakkik âlimlerince de muhtar olan görüş budur. Bunun dayandığı delil yukarda geçen hadis ve ikrah sebebiyle özrünün bulunmasıdır.

Hanbelîlere göre böyle bir erkeğe had lâzım gelir. Zira madem ki tenasül uzvu intişar etmiştir, bu ikrahın mevcut olmadığına delâlet etmektedir.

Ebu Hanife öncelleri şöyle demiştir: Eğer ikrah eden sultan ise o adama had lâzım gelmez. Sultandan başkası ikrahta bulunmuşsa istihsanen had uygulanır. Çünkü Ebu Hanife'nin reyine göre ikrah (zorlama) sadece sultan tarafından yapılabilir.

Sultandan başka birinin ikrahı neticesinde zinanın meydana gelmesi, ikrah manasının gerçekleşmediğini gösterir. Zira kişinin hali, malum uzvunun intişarı ve şehvet duyması, failin bu işi rızası ve isteğiyle yaptığına delâlet etmektedir.

Ancak sonradan İmam Ebu Hanife'nin görüşü, uzvun intişar etmesi ihtiyar ve arzunun değil erkekliğin alâmeti olabilir kanaatine vardığı için, zinaya ikrah olunan kimseye had lâzım gelmeyeceği şeklinde karar bulmuştur.

Sahibeyn: "Mükrehe (ikrâh olunan kimseye) her iki durumda da had uygulanmaz" derlerken; Züfer, her iki durumda da had lâzım geleceği görüşündedir.

1- Taberanî hadisi, Sevbân'dan: *"Allah teâlâ ümmetimin üç şeyine; hata, unutma ve icbâr oldukları şeye müsamaha etmiştir"* lafzıyla tahric etmiş, Nevevî *hasen* olduğunu söylemiş, Suyûtî de *sahih* olduğu belirtmiştir. Fakat hadis sıhhat derecesinde değildir. Heysemî, Suyûtî'nin *tashihini*, senedde zayıf bir ravi olan Yezîd b. Rabîa er-Rahbî bulunduğu için tenkit etmiştir. Hadisi ayrıca İbni Mace, İbni Hıbbân, Darekutnî, Beyhâkî, ile Hakim *Müstedrek*'inde, Evzâî hadisi olarak -ki Bu Evzâî üzerinde ihtilâf edilmiştir, onun yerine İbni Abbas diyen de olmuştur: *"Allah teâlâ kaldırmıştır,"* lafzıyla rivayet etmişlerdir. Hâkim, Darekutnî ve Taberânî'deki lafız: *"Tecâveze müsâmaha etmiştir."* şeklindedir. *et-Telhîsu'l-Habîr*, 109; *el-Câmiu's-Sağîr*, II, 124; *Feyzu'l-Kadîr*, IV, 34; *Mecmau'z-Zevâid*, VI, 250.

Daru'l-Adl'de yani Dâr-ı İslâm'da olması. Çünkü veliyyülemrin dâr-ı harpte veya dâr-ı bağyde tasarruf yetkisi yoktur.

İslâmın hükümlerini iltizam etmiş kimse tarafından yapılması, yani müslüman veya zimmî olması. Bu, İslam'ın hükümlerini iltizâm etmemiş olan harbî'yi tarif dışında bırakan bir kayıttır.

Mülkün hakikati bulunmaması: Bu kayıt, kişinin mülkiyetinde bulunan memlûkesi ile vat' etme durumunu tariften hariç tutmak için zikredilmiştir. Meselâ müşterek, mecusi, [1] mürtedde veya mükâtebe olan cariye ile süt kardeşliği yahut sıhriyyet (evlilik vasıtasıyla olan akrabalık) yahut da cem [2] (iki kadının aynı nikâh altına alınması durumu) sebebiyle nikâhlanması haram olan cariye; hatta vat' haram olsa ve o kişi haram olduğunu bilse [3] bile böyledir. Şafiîlerde sahih olan görüşe göre bir kimse akrabasından mahrem olan bir kadına malik olsa da ona vat' etse o kimseye had lâzım gelmez. Çünkü mülkiyetindeki bir kadına vat' etmekten dolayı had icabetmez. Bu hayızlı cariyesine vat' gibidir. Keza kendisiyle bir başkası arasında ortak olan bir cariyeye vat' etmekten dolayı da had icap etmez.

Nikâhın hakikati bulunmaması: Bu da nikâh mülkiyetine dayanarak kadına vat' etme durumunu tarif dışında tutmak için konmuş diğer bir kayıttır. Meselâ hayız veya nifas hâlinde bulunan veya oruçlu, veya hacda ihramlı yahut kocasının kendisinden zıhâr veya îla yaptığı zevceye vat' etmek böyledir. Her ne kadar bu hallerde vat' haram ise de nikâh mülkiyeti bulunduğundan had icap etmez. [4]

Mülk Şüphesi: Mülk veya nikâh şüphesi bulunduğunda Resulullah (a.s.)'ın: *"Hadleri şüpheler sebebiyle kaldırınız."* [5] hadisi gereğince had vacip olmaz. Ha-

1- Malum olduğu gibi mecusî (ateşe tapan) ve vesenî (puta tapan) kadının nikâhlanması da, mülk-i yemin sebebiyle vat' edilmesi de câiz değildir. *Hâşiyetü İbni Abidin*, II, 398.

2- Mülkiyet sebebiyle sadece nesebin iki esası âzad olur, hürriyetine kavuşur. Ana babalar -yukarıya doğruya yükselse de- ve çocuklar -aşağıya doğru gitse de-.

3- *Fethu'l-Kadîr*, IV, 140; *el-Bedâyi'* VII, 35.

4- *el-Bedâyi'*, a.y.; *Fethu'l-Kadîr*, a.y.

5- Zeylâî: Bu lafızla gelen rivayet *garîb*'tir, demiştir. Beyhakî'nin Hz. Ali'ye *mevkûf* olarak naklettiği rivayetin tamamı şöyledir: "Müslümanların imamının şer'î hadleri uygulamayı terk etmemesi lâzımdır." Ancak senedinde bulunan el-Muhtâr b. Nâfi hakkında İmâm Buharî: O, hadîsi *münker* olan bir râvîdir, demiş ve şöyle devam etmiştir: Bu husustaki en sahih rivayet Süfyân es-Sevrî'nin Âsım'dan, onun Ebu Vâil'den, onun da Abdullah b. Mes'ûddan naklettiği hadistir. İbni Mes'ûd şöyle diyor: *"Şüpheler sebebiyle hadleri düşürünüz. Elinizden geldiğince müslümanlar üzerinden ölüm cezâsını gideriniz."* İbni Adiyy'in de rivayet ettiği bu hadisi aynı zamanda Müsedded kendi *Müsned*'inde İbni Mes'ûd'a *mevkûf* olarak nakletmiştir. Hadis, *hasen*'dir. Başka zatlar hadisi *merfû'* ve *mürsel* olarak dahi tahric etmişlerdir. Ukbe b. Âmir ile Muâz'dan da *mevkûf* olarak rivayet edilmiştir. *Münkatı'* ve Hz. Ömer'e *mevkûf* olarak rivayet olunduğu gibi İmam Ebu Hanife'nin *Müsned*'inde İbni Abbas'tan: *"Şüpheler sebebiyle hadleri düşürünüz."* lafzıyla nakledilmiştir. İbni Mace zayıf bir isnad ile Ebu Hureyre'den: *"Hadleri, düşürmeye bir sebep bulduğunuz müddetçe engelleyiniz."* lafzıyla rivayet etmiştir. Tirmizî, Hâkim ve Beyhakî Hz. Aişe'den: *"Gücünüz yettiğince müslümanlar üzerinden hadleri düşürünüz."* lafzıyla tahric etmişlerdir, ancak isnadında

dis, *mevkûf* derecesinde olsa da *merfû* hükmündedir. Had, kâmil bir ceza olduğu için tam bir cinayetin (suçun) bulunmasını gerektirdiği halde şüphe bulunması cinayetin kâmil manada olmasını engellemektedir. Meselâ babanın, oğlunun cariyesine vat' etmesi durumunda mülk veya hak şüphesi vardır. Zira Peygamber Efendimiz (a.s.): *"Sen ve malın babana aitsiniz."* [1] buyurmuştur. Mükâteb kölenin cariyesine vat' etme durumu da böyledir. Zira köle, ödemesi gereken miktardan bir dirhem dahi kalsa kölelikten kurtulamaz, efendisi ona malik olur. İşte ona malik olması, kazancına da malik olacağı şüphesini doğurmaktadır. Mezun (tasarrufta bulunmasına izin verilmiş) kölenin cariyesine vat' etme durumu da aynıdır. Mezun köle borçlu olsun veya olmasın farketmez. Eğer borçlu değilse cariye, efendinin mülkü demektir. Şayet mezun köle borçlu ise o zaman da kendisi efendinin mülkü olmaktadır. Kölenin efendinin malı olması, kazancının da efendisine ait olmasını gerektirmektedir. Ancak mükâteb ve mezun kölenin cariye hususundaki tasarruf hakları sebebiyle bir şüphe bulunmaktadır. Ganimet arasında bulunan cariye ile dâr-ı harbde veya dâr-ı İslâmda, fakat henüz ganimet taksimi yapılmadan önce vat'da bulunmak da böyledir. Çünkü ganimetin müslümanlarca ele geçirilme hakkı sabit olmuştur.

İşte bu hâllerde, mülkiyet şüphesi bulunduğu için -kişi vat'ın haram olduğunu bilse de- zina haddi uygulanmaz. [2]

Nikâh Şüphesi: Gayrı meşru cinsî münasebette nikâh akdi şüphesi bulunmamalıdır. Bir şahıs şahitsiz veya velisi bulunmaksızın evlendiği kadına vat' etse, - bunun haram olduğuna inanıyor olsa bile - kendisine zina haddi (cezası) tatbik edilmez. Zira âlimler şahitsiz veya velisiz nikâh akdinin caiz olup olmayacağı hususunda ihtilâf etmişlerdir ki, bu ihtilâf bir şüphe doğurmaktadır. Bir kimse nesep, süt emme veya evlilik yoluyla kendisine nikâhı ebediyen haram olan mahremlerinden biriyle evlense yahut iki kız kardeşi nikâhına alsa yahut beşinci bir hanımla ya da başkasından boşanıp da iddet bekleyen bir kadınla nikâhlansa, neticede akit gereği cinsî münasebette bulunsa İmam Ebu Hanîfe ve İmam Sevrî'ye göre bunun haram olduğunu bilse bile o kişiye had cezası uygulanmaz, tazir cezasına çarptırılır. Zira

---

Tirmizî'nin "zayıftır" dediği Yezîd b. Ebu Ziyâd isimli ravi vardır. Darekutnî ve Beyhakî *Sünen*lerinde *merfû* olarak rivayet etmiş olup Beyhakî: "Hadisin derecesinin mevkûf olması doğruya daha yakındır." demiştir. *Nasbu'r-Râye,* III, 309, 333; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 352; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 104 *Sübülü's-Selâm,* IV, 15; *Câmiu'l-Usûl,* IV, 343; *Mecmau'z-Zevâid,* VI, 248; *Fethu'l-Kadîr,* I 227)

1- Cabir, Aişe, Semura b. Cündüb, Ömer b. Hattab, İbni Mes'ûd ve İbni Ömer'den rivayet edilmiştir. Cabir'in hadisini İbni Mace rivayet etmiş olup isnadı sahihtir. Aişe hadisini İbni Hıbbân *Sahîh*'inde, Semura'nınkini Bezzâr ve Taberânî, Ömer'inkini Bezzâr, İbni Mes'un'unkini Taberânî, İbni Ömer'inkini Ebu Ya'lâ el-Mevsılî rivayet etmişlerdir. *Nasbu'r-Râye,* III, 337 vd. Buradaki mülkiyet, edep ve iyilik olarak söylenmiş olup gerçek manada kullanılmamıştır. Çünkü babanın mülkiyeti oğulunkinden ayrıdır.

2- *el-Bedâyi',* a.y.; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 141.

bu nikâh akdi gibi mübah kılıcı bir şeklin bulunması sebebiyle içinde şüphe bulunan bir vat'dir; bu vat' haddi icap ettirmez.

Fakat Malikî, Şâfiî ve Hanbelîler ile Hanefîlerden İmameynin de aralarında olduğu âlimlerin cumhuruna göre ebediyen haram olan her vat'dan dolayı had icap eder. Çünkü icma ile böyle bir nikâh batıldır. Bu hususta fasit olan böyle bir şüpheye de itibar edilmez. Ancak sıhriyyet (evlilik) sebebiyle haram olan meselâ karısının kız kardeşiyle vat' durumunda yahut da şahit bulunmaksızın nikâhlanmak gibi haramlığı üzerinde ihtilâf edilmiş vat' halinde had icap etmez.

Ancak Malikîler haddin vacip olabilmesi için şöyle bir kayıt getirmişlerdir: Nesep, süt emme veya beşinci zevce olması gibi bir sebeple nikâhlanması haram olan biriyle vat' etme durumunda vat' eden kişinin bunun haram olduğunu bilmesi lâzımdır. Bilmeden yapmışsa kendisine had icap etmez.

Şafiîlerce de bunun haram olduğunu veya o kadının mahrem kimselerden olduğunu bilmeyen kişiye had uygulanmaz.

İhtilâf usul farkından kaynaklanmaktadır. İmam Ebu Hanife'ye göre kaide şudur: Ehli olan kişi tarafından, gözetilen maksatlarını gerçekleştirebilecek bir mahalle (o da kadındır) yapılan nikâh, haddin icap etmesini engeller. Nikâh ister helâl ister haram olsun; haramlığı hususunda ister ittifak ister ihtilâf bulunsun; ister kişi bunun helâl olduğunu sanıp karıştırdığını iddia etsin ister haramlığını bilmiş olsun, farketmez.

İmameyn ile cumhurun dayandıkları kaide ise şöyledir: Yapılan nikâh, ebediyen haram olan veya haram olduğunda icma bulunan bir nikâh ise had icap eder. Zira böyle bir nikâhta vat' şüphe bulunmayan ve haramlığı kesin olan bir mahalle (yere) denk gelmiştir. Şayet nikâh ebediyen haram olmayan ve haram olup olmadığı hususunda şüphe bulunan bir türden ise, o takdirde had icap etmez. (1)

Azhar olan imameynin görüşüdür ve Hanefîlerde fetva ona göre verilmiştir. Lâkin *ed-Dürrü'l-Muhtâr* sahibi şöyle der: "Ancak bütün şerhlerde tercih edilen İmam-ı Azam'ın görüşüdür, fetvanın ona göre verilmesi evlâdır." (2)

Şafiîlere göre bir kimse, zina etmek üzere bir kadını kiralasa ve onunla zina etse yahut haram olduğuna inandığı halde mahremi olan bir kadınla gayrı meşru ilişkide bulunsa, had icap eder. Çünkü böyle bir akdin o kadına vat' etmek hususunda her hangi bir tesiri olamaz. O akdin varlığı ile yokluğu aynıdır.

İştibâh (karışıklık) şüphesi:

Şüphe, sabit olmadığı halde sabit bir şeye benzeyen demektir. Bu da iki şekil-

1- *el-Bedâyi'*, VII, 35 vd; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 145, 146; *el-Mühezzeb*, II, 268; *Mîzânu'ş-Şa'rânî*, II 157; *Hâşiyetü'd-Desûkî*, III, 251; IV, 314; *el-Muğnî*, VIII, 182; *el-Furûk*, IV, 174; *Rahmetü'l-Ümme*, II, 136.

2- *Hâşiyetü İbni Âbidîn*, III, 168.

de olup birincisi fiilde bulunan bir şüphedir ki buna iştibah şüphesi adı verilir. Yani karıştıran kimse hakkında şüphe sayılır, karıştırmayan kimse hakkında ise şüphe sayılmaz. Hatta: "Onun bana haram olduğunu biliyordum." dese kendisine had uygulanır. Kendisine hükmî şüphe de denen ikinci şekil şüphe, mahalde olur. Bu da haramlığı kaldıran bir delilin bulunmasıyla gerçekleşir. İster bu işin helâl olduğunu sansın, isterse haram olduğunu bilmiş olsun bir şey değişmez.

Şüphenin failde bulunması durumu ilerde açıklanacaktır. [1]

Fiilde bulunan şüphe, eğer vat' eden kişi bunun helâl olduğunu zannetmişse, sekiz yerde olur. Ama: "Haram olduğunu bilmekteydim." derse had uygulanır.

Fiildeki şüphenin bulunduğu sekiz yer şunlardır:

1- Üç talakla boşanmış ve iddetini beklemekte olan kadın. Kendisine helâl olduğunu zanneden kocası onu vat' ederse kocaya had uygulanmaz. Çünkü nesebin ona ilhak edilme hakkında nikâhın baki olduğu (buna yatağında bulunduğu erkeğin neseple ilgili tesirinin bulunması da denilmektedir), başka bir erkekle evlenmesinin haram olması, nafaka ve barınma ihtiyacının temin edilmesinin erkeğe ait oluşu gibi noktalar nazar-ı dikkate alınmaktadır.

2- Bir mal üzerinde anlaşılarak bâin talakla boşanmış olan yahut hul' talep ederek ayrılmış ve iddetini beklemekte olan kadın. Üç talakla boşanmış kadının durumundaki sebepler burada da geçerlidir. [2]

Mahalde bulunan şüphe ise altı yerde gerçekleşir. Vat' eden kişi ister helâl olduğunu zannetsin, isterse haram olduğunu bildiğini söylesin, netice değişmez. O yerler de şunlardır:

"Sen bâinsin, sen bette'sin (kopmuşsun)" gibi kinayeli sözlerle bâin bir talakla

---

1- *Fethu'l-Kadîr ma'a'l-İnâye*, IV, 140 vd, 147; *el-Bedâyi'*, VII, 36, *Hâşiyetu İbni Âbidîn*, III, 16[illegible] vd.

2- Geriye kalan altı yer ise şunlardır: "Babanın cariyesi, annenin cariyesi, zevcenin cariyesi, (Çünkü erkek genellikle anne-babasının ve karısının malında daha serbestçe davranır, izin istemeksizin ve tekellüfsüzce yararlanır.) ümmü'l-veled olup efendisi tarafından azat edilmiş cariye (İddet beklediği süre içinde efendisinin cariyesi olmasının izleri bulunmaktadır.), efendisinin cariyesiyle cinsî ilişkide bulunmuş erkek köle (genellikle köle efendisinin malını kullanmada rahat hareket eder), rehin olarak verilmiş olup rehin alan kişinin vat' ettiği cariye (hadlerle ilgili bölümde zikredilen ve sahih olan rivayete göre). Çünkü helâk olma durumunda mala malik olmak mülk-i müt'a (kocanın, karısına burada efendinin cariyesine bakma, onunla cinsî ilişkide bulunma hakkına sahip olması) sebebidir.

Hanbelîlere göre (*el-Muğnî*, VI, 749), mehir bir cariye olsa ve koca kendi mülkiyetinin kalktığını ve cima etmesinin artık haram olduğunu bilerek o cariye ile cinsî ilişkide bulunsa üzerine had icap eder. Çünkü bu mülkiyetinde bulunmayan bir cariyeyle yapılan bir ilişkidir. İster cariyeyi zorlamış olsun isterse cariyenin rızasıyla olsun, sahibesine mehir vermesi lâzım gelir. Mehir sahibinin hakkıdır ve ilişkinin cariyenin rızasıyla olması onun hakkını düşürmez.

Rehin olarak verilen cariyeyle mürtehin, râhinin iznine dayanarak cinsî ilişkide bulunsa ve bunun

boşanmış kadın. Böyle bir kadına vat' eden kocaya had uygulanmaz. Çünkü ashab-ı kiram bu şekildeki bir kadının ric'î mi yoksa bâin bir talakla mı boşandığı hususta farklı görüş beyan etmişlerdir. (1)

Failde bulunabilecek şüphe: Böyle bir şüphe, bir şahsın gece yatağında bulunduğu kadını kendi zevcesi zannedip vat' etmesi; yahut âmâ (gözleri görmeyen) bir kimsenin zevcesini yatağa çağırdığında yabancı bir kadının icabet edip onunla kendi zevcesi zannıyla vat' etmesi sonra da bu kadının kendinin yabancı olduğunu açıklaması durumlarında ortaya çıkabilir. Böyle bir şahıs hakkında, genel olarak cimaya yönelmesini tecviz edecek zan gibi bir özür bulunması sebebiyle Malikî, Şafiî ve Hanefîlerden İmam Züfer'e göre had tatbik edilmez. Meselâ, karısını daha önce görmemiş bir erkeğin zifafına kadınlar tarafından: "Senin karın budur" denilerek zevcesi olmayan bir kadın sokulur ve erkek de onu vat' ederse kendisine had uygulanmaz, sadece kadının mehrini vermesi gerekir. (2)

İmam Ebu Hanife, İmam Ebu Yûsuf ve Hanbelîler, her iki halde de o şahsa had uygulanır, demişlerdir. Çünkü zanna dayanarak hemen vat'a yönelmesi caiz değildir. Kendisine vacip olan, o kadının kendi zevcesi olup olmadığını iyice bilinceye kadar beklemektir. Burada kadının adamın yatağında bulunması dışında her hangi bir şüphe yoktur. Bu da haddi düşüren bir şüphe derecesinde değildir. (3)

İmam Muhammed'e göre ise âmâ olan koca karısına ismiyle, "Ey filana" diye çağırır da bir kadın: "Ben karın filanım" diyerek icabet ederse ve adam onu vat' edecek olursa kendisine had uygulanmaz. Çünkü âmâ kişi onun kendi zevcesi olduğu-

haram olduğunu bilmediğini iddia etse Şafiîlere göre (*el-Mühezzeb*, II, 268) iki görüş vardır: Birincisine göre, onun bu iddiası kabul edilmez. Ancak bu gibi hükümleri bilmemesi mazur görülebilecek kimselerden olması durumu hariçtir. İkincisine göre, iddiası kabul edilir. Çünkü bu meselenin bilinmesi fıkıh ilmine muhtaçtır.

1- Geriye kalan yerler şunlardır:

a) Oğul ve aşağıya doğru inen neslinin cariyesi. Çünkü o halde mülkiyeti gerektiren: "*Sen de, malın da babanınsınız.* hadisi bulunmaktadır.

b) Satılan fakat teslim etmeden önce satıcının cinsî ilişkide bulunduğu cariye. Çünkü cariyeyi elinde bulundurma mülkiyeti her ne kadar satış sebebiyle mülk-i rakabe'si (cariyenin zatına malik olması) kaybolsa da bir şüphe meydana getirmektedir.

c) Bir nikâh akdinde mehir olarak verilip tesliminden önce kocanın cinsî ilişkide bulunduğu cariye. Çünkü cariyeyi elinde bulundurma mülkiyeti, her ne kadar nikâh sebebiyle satılana sahip olması zail olsa da bir şüphe meydana getirmektedir.

d) İki ortağa ait cariye. Çünkü cariyeye yarı yarıya maliktirler.

e) Rehin konusunda zikredilen rivayette de geldiği üzere rehin olarak verilen cariye. Çünkü mürtehin için cariye üzerinde mülkiyet sebebi in'ikad etmiştir, dolayısıyla kendisine had icap etmez. Satıcının muhayyerlik hakkının bulunması şartıyla satın aldığı cariye ile cinsî ilişkide bulunma durumuna kıyas edilerek helâl olup olmadığı hususunda şüphe bulunsun bulunmasın farketmez. (*Fethu'l-Kadîr*'in kenarında basılmış *el-İnâye ale'l-Hidâye* (IV, 142) ye müracaat ediniz.)

2- *Fethu'l-Kadîr*, IV, 142.

3- *el-Bedâyi*, VII, 37; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 147; *el-Muğnî*, VIII, 184.

nu ancak bu yolla bilebilmektedir, dolayısıyla böyle bir durumda mazurdur. Ama kadın, "Ben filanım" demeksizin icabet eder de vat' edecek olursa o şahsa had tatbik edilir. Zira bu cevaptan daha fazlasını talep edip kanaat sahibi olma imkânı bulunduğundan bu haddi düşürücü bir şüphe yerine geçmez. (1)

Şafiî ve Malikîlere (2) göre hadleri düşüren şüphelerin sayısı üçtür:

1- Failde bulunan şüphe: Zevcesi veya cariyesi sandığı kadınla cima ederken bu vat'ın helâl olduğunu zannetmek.

2- Mevtûe (vat' olunan kadın)'de bulunan şüphe: Meselâ ortak olan cariyeyi ortaklardan birinin vat' etmesi durumunda olduğu gibi.

3- Vat'ı mübah kılan bir sebepte bulunan şüphe: Mut'a, şiğâr nikâhı (mehir vermemek için iki şahsın birbirlerinin kızlarını veya kızkardeşlerini nikâhlaması), kadının ilk kocasına tekrar varabilmesi için anlaşmalı olarak başka bir erkekle evlenmesi (hulle), velisiz yahut şahitsiz yapılan nikâh, bâin talakla boşanıp iddet beklemekte olan kadının kızkardeşini nikâhlamak, bâin talakla boşanıp iddet bekleyen dördüncü zevcenin üzerine beşinci zevce nikahlamak ve mecusî bir kadınla evlenmek gibi üzerinde ihtilâf bulunan nikâhlar böyledir. Hanbelîlerden İbni Kudâme diyor ki: "İlim ehlinin çoğunluğunun görüşü budur. Çünkü böyle bir durumda vat'ın mübah olup olmadığı hakkında görüş ayrılığı bulunması bir şüphedir, hadler ise şüphe ile izale olunur." (3)

Hanbelîler ikinci ve üçüncü şüpheleri haddi düşürücü olarak kabul ederlerken birinci şüpheden dolayı haddin düşmeyeceği kanaatine sahip olmuşlardır. (4)

Birinci şüphe Şafiî ve Malikîlere göre haddi düşürür. Çünkü fail olan kişi, bunun mübah olduğu itikadına sahip olduğundan ve nesep kendine ilhak edilip, mevtuenin iddet beklemesi, adamın da mehir ödemesi icap ettiğinden günâhkâr kabul edilemez.

İkinci şüphe de haddi düşürür. Çünkü bahis konusu mülkiyet vat'ın mübah olmasını, başkasına ait mülkiyet haram olmasını gerektirmektedir ki o takdirde meydana gelecek mefsedet sırf zina durumundaki gibi olmamaktadır. Dolayısıyla kendisi hakkında haddi gerektiren bir şey bulunmaması sebebiyle, her ne kadar başkasının mülkiyeti sebebiyle haddi icap ettiren bir nokta varsa da, iştibah (karışıklık) ortaya çıkmaktadır.

Üçüncü şüpheye gelince: Burada âlimlerin farklı görüşte olmaları şüphenin kendisinde değildir. Şüphe vat'ın haramlığını ve helâl oluşunu gösteren delillerin

---

1- Adı geçen iki kaynak.
2- *Kavaidu'l-Ahkâm* (el-İzz b. Abdi's-Selâm), II, 137; *el-Furûk*, IV, 172.
3- *el-Muğnî*, VIII, 184.
4- *el-Muğnî*, VIII, 181-184.

teâruzu (çelişmesi)ndan meydana gelmektedir. Bilindiği üzere helâl, helâl oluşuna dair bir delil bulunan, haram da haramlığına dair bir delil bulunan şey olup onlardan hiç biri diğerinden daha çok kabule şayan değildir. Meselâ iki ortaktan birinin mülkiyeti vat'ın helâl olmasını, diğerinin mülkiyeti ise haram olmasını iktiza eder.

Ancak böyle bir şüphe bulunması durumunda haddin düşmesi tarafı daha ağır basar. Çünkü asıl faydalı taraf insanın Allah teâlâ Hazretlerine karşı bu dünyada kulluğunu daha çok yapabilmesindedir. Hadler ise buna engel olacağından ancak mefsedetin iyice ve açıkça bulunması hâlinde sabit olurlar.

İşte bu üç şüphe fakihler nazarında haddin düşmesi için itibara alınacak şüphenin ölçüsü ve miyarıdır. Böylece ortaya çıkmaktadır ki şüphe bulunduğunda haddin kalkması ve düşmesi kaide halini alır.

Zinanın haram olduğunu bilmemek: Zinanın haram olduğunu daha yeni İslâma girmiş olması sebebiyle yahut âlimlerden uzak köy ve sahralarda yetiştiği için bilmeyen yahut da deli iken aklı başına gelir gelmez hükümleri öğrenmeden zina eden kişi mazur görülür. (1)

2. Zina Haddinin Şartları

Zina eden erkek ve kadına (zani ve zaniyeye) ancak bazı şartların bulunması durumunda had uygulanır. Bunların bazısı üzerinde âlimler ittifak etmişler, bazısı üzerinde de farklı görüşlere sahip olmuşlardır. Sayıları ona varan bu şartları şöylece sıralayabiliriz. (2)

1- Zani (zina eden erkek) ergenlik çağında olmalıdır. Ergenlik çağında olmayan çocuğa ittifakla had tatbik edilmez.

2- Zani akıllı olmalıdır. Deli olan kişiye ittifakla had uygulanmaz. Akıllı bir erkek deli bir kadınla yahut deli bir erkek akıllı bir kadınla zina etse had, akıllı olana tatbik edilir.

3- Malikîlere göre zani müslüman olmalıdır. Kâfir bir erkek kâfir kadınla zina etse, kendisine had uygulanmasa da bu fiili açıktan yapması hâlinde tedip ve cezaya uğrar. Ancak bu kâfir kişi müslüman bir kadını zinaya zorlarsa öldürülür. Eğer o kadınla kadının itaati dairesinde zina etmişse ceza ve tazire uğrar. Cumhur, zina eden kâfir kişiye zina haddi uygulanacağını söylemiştir. Fakat Hanefîlere göre muhsan (evli) kişi, zina ettiği takdirde taşlanarak (recm) öldürülmeyip celdolunur (sopalanır). Şafiî ve Hanbelîlere göre müstemen'e (İslâm devletince kendisine belli bir süre eman verilmiş turist, tüccar vs. kimselere) zina etmesi veya şarap içmesi sebebiyle had uygulanmaz. Çünkü bunlar Allah teâlâ'nın hakkıdır, müstemen kişi eman ve ahid alması dolayısıyle Allah teâlâ'nın hukukuna riayet etmeyi iltizam etmiş ol-

1- *el-Mühezzeb*, II, 268.

2- *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 353 vd.; *el-Lübâb*, III, 190-193; *el-Mühezzeb*, II, 263, 266, 269; *Gâyetü'l Müntehâ*, III, 319 vd.

maz.

4- Zani bu işi kendi isteğiyle, serbest olarak yapmalıdır. İkrah altında zina eden kişiye had uygulanıp uygulanmayacağı hususunda fakihler ihtilâf etmişlerdir. Tarifte de açıkladığımız gibi cumhur had uygulanmaz, derken Hanbelîler uygulanacağını söylemişlerdir. İkrah ile veya zorla alıkonularak zina edilen kadına ise had tatbik edilmez.

5- Zina eden erkek bu fiili bir kadınla irtikâp etmelidir. Bu çirkin işi bir hayvanla yapacak olursa dört mezhebin ittifakıyla, Şafiîlerde de esah olan görüşe göre, kendisine had uygulanmaz; ama tazir olunur. Cumhura göre bu hayvan öldürülmez, eti yenen cinstense yemekte de bir beis yoktur. Hanbelîlere göre iki kişi tarafından hayvana bu fiilin yapıldığına şahitlik edilirse hayvan öldürülür ve yenilmesi haram olur, bunu yapan kimse hayvanın kıymetini tazmin eder.

6- Kendisiyle zina olunan kadın emsali vat' edilebilecek yaşta bulunmalıdır. Akranıyla cima olunamayacak derecede yaşı küçük bir kız çocuğuyla cinsî ilişkide bulunduğu takdirde erkeğe de, kız çocuğuna da had uygulanmaz. Vat' eden erkek ergenlik çağında değilse kadına had uygulanmaz.

7- Zina fiili şüphe ile işlenmemelidir, yani işlendiği hususunda şüphe bulunmamalıdır. Eğer vat' bir şüphe ile olmuşsa had düşer. Zevcesi veya cariyesi zannıyla bir kadınla cima etse cumhura göre o kişiye had uygulanmaz. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre ise had uygulanır. Bu yukarda zikrettiğimiz gibi failde bulunması göz önüne alınan şüphedir. Hakkında ihtilâf bulunan velisiz veya şahitsiz olarak akdedilmiş fasit bir nikâh bulunduktan sonra işlenen vat'dan dolayı da ittifakla had uygulanmaz. Malikîlere göre böyle bir nikâhın bilinmesi, haberinin yayılmış olması da bu hususta göz önüne alınır. Haddin düşmesinin sebebi akitte ortaya çıkan şüphedir. Eğer nikâh ittifakla fasit bir şekilde olursa, meselâ iki kız kardeşin aynı erkeğin nikâhı altına alması, beşinci bir hanımı nikâlamak, nesep veya süt emme sebebiyle nikâhı haram olan bir kadını nikâhına almak, iddet bekleyen ya da üç talakla boşanıp da başka bir kocaya varmamış olan kadını tekrar nikâhlamak ve benzeri durumlarda cinsî ilişkide bulunan kişiye had cezası tatbik edilir. Ancak o kişinin bunun haram olduğunu bilmediğini iddia etmesi durumunda Malikîlede had icap edip etmediği hakkında iki görüş vardır.

8- Zina eden kişi zinanın haram olduğunu bilmelidir. Bilmediğini iddia eder ve bu iddiasında doğru oludğu sanılabilecek kimselerden olursa Malikîlerden İbnü'l-Kâsım ve Asbağ'a göre had uygulanmaz.

9- Kadın harbî (dar-ı harpte bulunan) olmamalıdır. Eğer harbî olursa Malikîlerden İbnü'l-Kâsım'a göre had uygulanır, İbnü'l-Macegûn'a göre uygulanmaz. Kadın ganimet malları arasında bulunduğu takdirde de İbnü'l-Kâsım'a göre had uygulanır, Eşheb'e göre uygulanmaz. Burada haddi düşürücü bir şüphe bulunduğu için

diğer mezheplerin fakihleri de Eşheb'in görüşüne muvafakat ederler.

10- Kadın canlı olmalıdır. İlerde açıklanacağı üzere ölmüş bir kadını vat' eden kimse hakkında cumhura göre had uygulanmaz, Malikîlerde meşhur görüş gereğince uygulanır.

Had icap etmesi için zina manasının da tam gerçekleşmesi yani yukarda açıklandığı gibi erkeğin cinsî organının sünnetli kısmının kadının fercine tamamen girmiş olması şarttır. Makattan vat' etme veya livata durumunda ise Ebu Hanife'ye göre had değil, tazir uygulanır; İmameyne ve diğer mezheplere göre ise had icap eder. Mahremi olmayan bir kadına ferci dışında iki bacağı veya karnına dokunarak yanaşmaya çalışan kimse ittifakla tazir cezasına çarptırılır. Zira bu fena bir iş olup hiç bir şer'î yönü yoktur. Yukarıda da geçtiği gibi bu işin dâr-ı İslâmda işlenmiş olması şarttır; dar-ı harpte işlendiğinde had uygulanmaz.

3. Zinanın Cezası

Zina eden kişi ya muhsan (evli veya başından evlilik geçmiş) olur ki, cezası recm (taşlanarak öldürülme) haddidir veya muhsan olmaz ki o takdirde de celd (sopalama) cezasına çarptırılır.

1- Muhsan olmayan bekâr kimse zina ettiği zaman celd (değnekle dövme) haddi tatbik edilir. Ayet-i kerimede bu hususta şöyle buyurulmaktadır: *"Zina eden (bekâr) kadın ile erkekten her birisine yüzer değnek vurun."* (Nûr, 2). Böyle birini sürgüne gönderme hususunda, yani bekâr zani kişi hakkında sürgün ve tazir cezalarının birleştirilip birleştirilmeyeceği konusunda âlimler farklı görüşlere sahip olmuşlardır.

Hanefîlere göre nefy (sürgün etme) cezası ile celd (değnekle dövme) cezası birleştirilmez. Çünkü Allah teâlâ celdi zina cezasının tamamı olarak bildirmiştir. Biz onunla beraber bir de sürgün cezasını gerekli kılarsak celd, haddin bir kısmı olmuş olur; böylece ayetin nassında gelen cezaya ilâvede bulunmuş oluruz. Nassa bir şey ziyade etmek ise neshetme manasına gelir ki, nassın haber-i vahid (tek kişiden gelen bir rivayet) ile neshi caiz değildir. Ayrıca sürgüne göndermek o kişiyi kendilerinden utanıp sıkılacağı tanıdık ve akrabalarının takibinden uzaklaştırıp zinaya düşme tehlikesine maruz da bırakabilir.

Hanefîlere göre sürgün, had anlamında bir ceza değildir. Sürgün kararı vermek imama (İslâm devlet başkanına) aittir. Eğer yararlı görürse sürgüne veya tövbe edinceye kadar hapsedilmesine karar verir.

Şafiîlerle Hanbelîlere göre celd (değnekle veya kamçıyla dövme) cezası ile namazın kısaltılması caiz olacak bir uzaklıktaki yere bir sene süreyle sürgüne gönderme cezası birleştirilebilir. Çünkü Resul-i Ekrem (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Hükümleri benden alıp öğreniniz. Bekâr bir erkek, bekâr bir kadınla zina etmişse her*

birine yüzer değnek sopa ve bir sene sürgün cezası veriniz." (51) Ancak: *"Kadın ancak beraberinde kocası veya mahremi olduğu halde yolculuğa çıksın."* (52) hadisi gereğince kadın tek başına değil kocası veya mahremi ile sürgüne yollanır.

Kütüb-i Sitte musannifleri ile İmam Ahmed'in Ebu Hureyre ve Zeyd b. Halid'den naklettikleri hadis de bu hükmü desteklemektedir. Hadiste Peygamber Efendimiz (a.s.)'in zina eden bekâr erkek hakkında yüz sopa ve bir sene sürgün, evli olan kadın hakkında ise recm cezasına hükmettiği beyan olunmaktadır.

Malikîlere göre erkek sürgün edildiği yerde bir sene müddetle hapsedilir. Kadın hakkındaysa sürgün edildiği takdirde tekrar zinaya düşme tehlikesi söz konusu olduğundan sürgün cezası verilmez.

Böylelikle anlaşılmaktadır ki dört mezhebin ittifakıyla celd ile recm cezaları birleştirilmez.

2- Muhsan (evli) olan kişiye zina ettiği takdirde gereken had: Âlimler mütevatir sünnet, icma ve aklî delillere dayanarak muhsan olup da zina eden kişinin cezasının recm (taşlanarak öldürülme) olduğunda ittifak etmişlerdir. (54)

Bu hususta sünnette pek çok delil bulunmaktadır. Onlardan bir kaçını şöylece zikredelim: *"Müslüman bir kişinin kanı ancak şu üç şeyden biri sebebiyle helâl olur: Evli olup zina etmek başka birini öldürmek, dininden irtidat edip (çıkıp) müslüman cemaatten ayrılması."* (55) Bir kadınla zina eden Asîf olayında da Resul-i Ekrem (a.s.)'ın Eslem kabilesinden bir adama: *"Ey Uneys! Bunun zina ettiği kadına git, eğer yaptığını itiraf ederse onu recmet"*. buyruğu nakledilmiştir. (56)

50- *el-Mebsût,* IX, 44; *el-Bedâi',* VII, 39; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 134, 136; *Muhtasaru'l-Tahavî,* 262; *Muğnî'l-Muhtâc,* IV, 147; *el-Mühezzeb,* II, 267, 271; *Hâşiyetu'd-Desûkî,* IV, 322; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 427; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 354; *el-Muğnî,* VIII, 166.

51- İmam Mâlik İmam Ahmed, ve Buhârî ile Neseî dışında *Kütüb-i Sitte* musannifleri Ubâde b. es-Sâmit'den rivayet etmişlerdir. *Câmiu'l-Usûl,* IV, 264; *Mecmeu'z-Zevâid,* VI, 264; *Nasbu'r-Râye,* III, 330; *Neylu'l-Evtâr,* VII, 87; *Sübülü's-Selâm,* IV, 45; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 350.

52- Buharî ve Müslim, Ebû Saîd el-Hudrî'den *merfû* olarak şöylece tahric etmişlerdir: "Kadın, kocası veya kendisine mahrem olan bir kişi yanında olmadan kadın Müslim'deki lafız: *"Üç günlük,"* *başka bir lafız: "Üç günden fazla olan"*, diğer bir lafız da *"üç günlük ve daha fazla olan"* şeklindedir. Hadisi, Dârekutnî de Ebu Ümâme el-Bâhilî'den *merfu* olarak şöyle tahrîc etmektedir: *"Her hangi bir kadın yanında kocası olmadan üç günlük bir yolculuğa çıkmasın, hacca gitmesin."* Buhâri ve Müslim aynı hadisi başka lafızlar ile İbni Ömer ve Ebu Hureyre'den rivayet etmişlerdir. *Nasbu'r-Râye,* III, 11; *Sübülü's-Selâm,* II, 183; *el-Câmiu's-Sağîr,* II, 200; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 351.

53- *Neylu'l-Evtâr,* VII, 89.

54- *el-Mebsût,* IX- 37; *Muğnî'l-Muhtâc,* IV, 146; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 121; *el-Munteka ale'l-Muvatta',* VII, 132 vd.; *Neylu'l-Evtâr,* VII, 86, *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 354 vd.

55- Buhârî ve Müslim ibni Mes'ûd'dan rivayet etmiştir. Başka lafızlar ile Osmân, Âişe, Ebû Hureyre, Câbir ve Ammâr b. Yasir'den rivâyet edilmiştir. *Nasbu'r-Râye,* III, 317; *Mecmeûz-Zevâid,* VI, 252; *el-Erbaîn en-Neveviyye,* 38.

56- Buhârî, Müslim, İmam Mâlik'in *Muvatta'*ı, Ahmed, Ebu Dâvud, Tirmizi ve Neseî Ebû Hureyre ve

Çeşitli şekillerde rivayet edilmiş olan Mâiz hadisesi de meşhurdur. Mâiz zina işlediğini itiraf ettiğinde Resulullah (a.s.) onun taşlanarak öldürülmesini emretmiştir. [1] Gâmidî kabilesinden de bir kadın zina ettiğini itiraf ederek kendisinin cezasını verilmesini talep etmiş, çocuğunu doğurduktan sonra recmedilmiştir. [2]

Bu ümmet haddin meşru olduğu hususunda icma eylemiştir.

Aklen de böyle bir cezanın gerekliliği ortadadır. Çünkü evli bir kimsenin zina etmesi son derece çirkin ve kötü bir iştir. O yüzden dünyadaki cezaların en ağırını hak etmiş bulunmaktadır. [3]

Recm için gereken şart:

Recm haddinin uygulanması için *ihsan hâlin*in bütün yönleriyle bulunması şarttır. İhsan, lügatte menetmek, engellemek demektir. Şer'î olarak ise İslâm, ergenlik çağında olmak, akıllı olmak, hürriyet, iffet ve evli bulunmak, hür ve mükellef kişinin sahih bir nikah halindeyken vat' etmesi manalarına gelir. Şafiîlere göre burada kastedilen sonuncu manadır. [4]

Hanefîlere göre ihsan iki çeşittir: Recm ihsanı, kazif (iftira) ihsanı. Recm ihsanı, şeriatin, recmin gerekmesi için göz önüne aldığı sıfatların bir arada bulunmasından ibarettir ki, bu sıfatların sayısı yedidir: Akıl, ergenlik, hür olmak, İslâm, sahih bir nikâh, sahih bir nikâhta iken guslü icap ettirecek şekilde zevcesiyle -velev inzal bulunmasın- cima etmek, cima vaktinde karı ve kocada bütün bu sıfatların bulunması. [5] Bu şartlardan biri bulunmadığı takdirde *"Onlardan her birine yüzer değnek vurun."* ayetine binaen celd (kırbaç veya sopa ile dövme) cezası icap eder.

Son sıfatın şart koşulmasından dolayı şöyle bir netice çıkar: Baliğ, akıllı, hür ve müslüman bir koca çocuk veya deli veya köle bulunan zevcesiyle cima etse de bu engellerin ortadan kalkmasından sonra bir daha cima etmedikçe muhsan olmaz. Zi-

---

Zeyd b. Hâlid el-Cuhenî'dan tahric etmişlerdir. *Nasbu'r-Râye,* III, 314; *Câmiu'l-Usûl,* IV, 296; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 522, *Sübülü's-Selâm,* Iv, 2 vd.

1- Hadis, Müslim ve Ebu Dâvud tarafından Burayde'den; Ahmed, Buharî, Müslim, Tirmizî ve Ebu Dâvud tarafından Ebu Hüreyre'den; Müslim, Ebu Dâvud, Ahmed, Beyhakî tarafından Câbir b. Semura'dan; Ahmed, Buhârî, Müslim, Ebu Dâvud ve *sahihtir* diyerek Tirmizi tarafından İbni Abbas'tan; Ahmed tarafından Hz. Ebubekir ile Burayde'den rivâyet edilmiştir. Aynı şekilde Ebu Yâlâ, Bezzâr ve Taberanî tarafından Hz. Ebûbekir es-Sıddîk'tan tahric edilmiştir. Hasılı, Mâiz olayı ashab-ı kirâmdan bir topluluk tarafından nakledilmiş olup *tevâtür* derecesine varmıştır. *Câmiu'l-Usûl,* IV, 279 vd.; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 95, 109; *Mecmau'z-Zevâid,* VI, 266; *Nasbu'r Râye,* III, 314 vd; *Sübülü's-Selâm,* IV, 6; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 350; *en-Nazmü'l-Mütenâsir mine'l-Hadîsi'l-Mütevâtir,* 18.

2- Hadise, Müslim'in *Sahih*'inde Bureyde'den rivayet edildiği gibi, Ahmed ve Ebu Dâvud tarafından da naklolunmuştur. (a.g.e.)

3- *el-Ukûbâtu'ş-Şeriyye ve Esbâbuhâ* 33.

4- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 146.

5- *el-Bedâyi-* IV, 37; *Hâşiyetu İbni Âbidîn,* III, 163; *Fethu'l-Kadîr,* Iv, 130; *el-Mebsût,* IX, 39.

ra bu sıfatların karı ve kocanın her birinde bulunması onların olgunluk hâllerini, o da her iki tarafın birbirine şehvet duymasını gerektirir.

Rivayete göre İmam Ebu Yûsuf bu son şartı ileri sürmemiştir. Ona göre bir müslüman, kâfir bir kadınla da cima etse muhsan olur. Şafiîlerin görüşü de böyledir. [1]

Onlara göre cima edenlerden biri küçük diğeri ergen olsa veya biri uyanık öbürü uykuda bulunsa, yahut bir akıllı öteki deli olsa yahut biri bunun haram olduğunu bildiği hâlde diğeri bilmese, yahut biri kendi isteğiyle bu işi yaptığı hâlde öteki ikrah (zorlama) altında yapsa yahut birisi müslüman olduğu hâlde öbürü müstemen olsa, bütün bu durumlarda kendisine had uygulanmaya ehil olana had icap eder, diğerine etmez. Çünkü onlardan birisi haddi icap ettiren diğeri de haddi düşüren vasıf itibarıyla öbüründen ayrılmaktadır; dolayısıyla birisine had uygulanması icap ederken diğerinden had düşmektedir. Onlardan biri muhsan olup diğeri muhsan olmasa muhsana recm, muhsan olmayana da celd (kırbaç veya sopa) ve sürgün cezası icap eder. Çünkü birisinde recm sebebi, ölüründe celd ve sürgün sebebi bulunmuştur.

İhsan için İslâm şartının bulunması hususunda âlimlerin ihtilâfı:

İmam Ebu Hanife ve İmam Malik'e göre müslüman olmak ihsanın şartlarındandır. Bizim mahkememize başvuran zimmî (islâm idaresi altında yaşamayı kabullenmiş gayri müslim vatandaş) recmedilmez. Zimmî bir kadın, müslüman bir erkeği muhsan kılamaz. Çünkü recm, temizlemek demektir; zimmî ise buna ehil değildir, onun temizlenmesi ahirette cehennemde yanarak tahakkuk edecektir. Hadis-i şerifte: *"Allah'a şirk koşan muhsan olmaz."* [2] buyurulmuştur. Yine Resul-i Ekrem (a.s.), yahudi bir kadınla evlenmek isteyen Ka'b b. Malik'e: *"Onu bırak. O seni muhsan kılmaz."* [3] demiştir. Hz. Peygamberin iki yahudiyi recmetmesinin ise [4]

1- *el-Mühezzeb,* II, 268.

2- İshâk b. Râhûhey, İbni Ömer'den bir defasında *merfu* şekilde: "Resulullah (a.s.)den" diyerek, bir defasında da *mevkuf* olarak rivayet etmiştir. Dârekutnî de *Sünen*'inde İshâk b. Râhûyeh yoluyla rivayet etmiş ve şöyle demiştir: *"İshâk'tan başkası merfu olarak nakletmedi. İshak'ın da o kanaatinden döndüğü söylenir. Doğru olanı hadisin mevkuf olduğudur." "Nasbu'r-Râye,* III, 327, *et-Telhîsu'l-Habîr,* 351.

3- İbni Ebu Şeybe *Musannef*'inde, onun yoluyla Taberânî *Mu'cem*'inde, Dârakutnî *Sünen*'inde, İbni Adiyy *el-Kâmil*'de Ebûbekir b. Ebî Meryem, o Ali b. Ebî Talha, o da Kâ'b b. Malik senediyle rivâyet etmişlerdir. Kâ'b yahudi bir kadınla evlenmek istediğinde Resul-i Ekrem (a.s.) kendisine: *"Bırak onu. O seni muhsan kılmaz."* buyurmuştur. Dârakutnî diyor ki: ebubekir b. Ebî Meryem zayıftır. Ali b. Ebu Tahla da Kâb'a yetişmemiştir. *Nasbu'r-Râye,* III, 328.

4- İmam Ahmed ve *Kütüb-i Sitte* musannifleri kısa ve uzun şekillerde İbni Ömer'den rivayet etmişlerdir. Ebu Dâvud da Ebu Huriyre'den rivayet etmiş olup senedinde *meçhûl* bir râvi vardır. Hâkim İbni abbâs hadisi olarak nakletmiştir. Beyhâkî de Abdullah b. el-Hâris ez-Zebîdî hadisi olarak rivayet etmiştir, isnadı ise zayıftır. Aynı şekilde İbni Hibbân *Sahih*'inde İbni Ömer'den rivâyet etmiştir. *Nasbu'r-Râye,* III, 326; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 351; *Neylu'l-Evtâr,* VII, 92.

indirilip de bilâhere tilâvet bakımından neshedilen [1] recm ayetinden önce Tevrat hükmüne göre vuku bulduğunu söylemişlerdir.

İmam Şafiî, İmam Ahmed ve İmam Ebu Yûsuf'a göre ise [2] Müslüman olmak recme götüren ihsan şartlarından değildir. Mahkememizde dava açan zimmîye had uygulanır. Zimmî bir kadınla müslüman bir erkek evlenip cima ettiklerinde her ikisi de muhsan olurlar. İbni Ömer'den rivayet edildiğine göre Hz. Peygamber Efendimiz (a.s.)'e zina etmiş olan iki yahudi getirilmiş ve onların recmedilmelerini emretmiştir. Eğer İslâm şart olsaydı recmetmezdi. Ayrıca: *"Bekâr olmayan erkek, bekâr olmayan kadınla zina ederse cezası taşlanmak suretiyle verilir."* [3] hadisinin genel manası da bunu gerektirir. Zira müslüman olmanın şart koşulması zinadan alıkoymak içindir ki, genel olarak dinde zaten bu vardır, bütün dinlere göre zina haramdır.

Özetlersek, fakihler recm için şart koşulan ihsan hususunda beş vasfın bulunması gerektiği üzerinde ittifak etmişlerdir. Bunlar da ergin olma, akıl sahibi ve hür olma, sünnet yerinin tamamen girmesi ve zinadan önce sahih bir nikâh yapmış bulunma şartlarıdır. Yani zina eden erkek ve kadının başından sahih bir nikâh neticesi meşru bir cima hâli geçmelidir. Daha önce yapılan bir zinü, veya cüriyesiyle yapılan cima veya ferc haricinde yapılan bir ilişki, veya fasit ya da şüpheli bir nikâhla yapılan cima, veya oruç, hayız, itikâf, ihrâm, şirk hâllerindeyken yapılan cima yahut da nikâh akdinden sonra olup cima etmeden yapılmış zina kişiyi muhsan kılmaz. Fakihler, İslâmın şart koşulması hususunda iki görüşe ayrılmışlardır.

Zina haddinin sıfatı:

Zina haddi Allah teâlâ'nın halis hakıdır, yani bu hak toplum yararınadır. Çünkü bu ceza, toplumda ırz ve namusu, genel menfaatleri korumak, fesat ve zararı önlemek için konulmuştur. Bunun neticesinden şunlar ortaya çıkar:

1- Gerekli deliller ile sabit olduktan sonra bu hadde affetme, sulh olma, ibra etme ihtimali bulunmaz. Çünkü bu kullara değil Allah teâlâ'ya ait bir haktır, kimse onu düşürme hakkına sahip değildir.

2- Zina haddinde tedâhül [3] olabilir. Öyle ki bir kişi defalarca zina etse kendisine tek bir had icap eder. Zira bu haddin uygulanmasından maksat kişiyi bu kötü fiilden vazgeçirmektir. O da tek had ile hasıl olur. Fakat zina edip had vurulan şahıs,

1- *el-Mebsût,* IX, 39, 40; *Fethül-Kadîr,* IV, 132; *el-Bedâyi',* VII, 38; *Hâşiyetu İbni Âbidîn,* III, 163; *el-Mîzân,* II, 154; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 426; *Hâşiyetu'd-Desûkî,* IV, 320; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 355.

2- *Muğnî'l-Muhtâc,* IV, 147; *el-Mühezzeb,* II, 267; *el-Mîzân,* II, 154; *el-Muğnî,* VIII, 163.

3- Ebu Dâvud, Ubâde b. es-Sâmit hadisi olarak: *"Bekâr olmayan kadın ve erkek yüz değnek verulmak ve taşla recmedilmek (suretiyle cezalandırılır.)"* şeklinde tahric etmiştir.

4- Tedâhül'ün manası şudur: Suçların sayısı birden fazla olunca cezaları birbiri içine girer, yani hepsinden dolayı tek bir cezâ verilir.

sonradan yine zina etse kendisine tekrar had vurulur. Çünkü birinci hadden beklenen maksat hasıl olmamış ve tekrar o fiili işlemiş demektir. O yüzden istenen gayenin, o günahtan el çekmenin gerçekleşmesini sağlamak üzere tekrar had cezasına çarptırılır. (1)

Allah teâlâ'nın hakkı ile insanın hakkı arasındaki fark:

Allah teâlâ'nın hakkı, O'nun emirleri ve yasakları demektir. Kulun hakkı ise menfaatleri ve sorumlulukları (görevleri) olmaktadır ki, kulun iskat edebileceği her hak buna dahildir. Allah teâlâ'nın hakkını ise kulun iskat etme hakkı ve yetkisi yoktur.

Bu taksime göre Şeriatin getirdiği tekâlîf (hak ve görevler) üç kısma ayrılır: (2)

1- Sırf Allah teâlâ'nın hakkı olan iman etmek, kâfir olmanın haram kılınması gibi hususlar.

2- Sırf kul hakkı. Borçlar, eşyanın semenleri (bedelleri) gibi.

3- Allah'ın hakkı mı, kulun hakkı mı daha galip (ağırlıklı) olduğunda ihtilâf edilen hak. Kazif haddi bu, çeşit bir haktır.

el' Karâfî şöyle der: Sırf kul hakkı deyince kasdettiğimiz yukarda da açıkladığımız gibi kulun affetmesiyle düşebilen haktır. Yoksa hiçbir kul hakkı yoktur ki, aynı zamanda onda Allah teâlâ'nın da bir hakkı bulunmuş olmasın. O hakkın layığı olan kimseye ulaştırılmasını emreden Allah'tır. Bu yüzden içinde kul hakkı mevcut olmayan Allah hakı vardır, ama içinde Allah hakkı bulunmayan kul hakkı yoktur. Hakkın kula aitliği, düşürülebilmesinin sahih olmasıyla anlaşılır. Kul tarafından düşürülebilen kulun hakkıdır, düşürülemeyen Allah teâlâ'nın hakkıdır.

Kul tarafından düşürülemeyen bazı ilahî haklar vardır ki, onlarda aynı zamanda kul hakkı da bulunmaktadır. Meselâ faiz akitleri, garar (aldatma) ve meçhul şeylerin satışının haram oluşu gibi. Cenab-ı Hak bunları kulun malını korumak için haram kılmıştır. Garar ve meçhul (bilinmeyen) şeylerin akitleri yapılarak kulun zarar etmesini önlemek istemiştir. Çünkü bu tür muamelelerde akde konu olan şey tamamen veya çoğunluğu itibarıyla elde edilemediğinden mal ziyan olmaktadır. O sebeple Yüce Rabbimiz, kulun dünya ve ahiretiyle ilgili bir çok hayırlı işlerine yarayan malını ziyan etmesini rahmeti sonucu yasaklamıştır. Bu hsusta kulun hakkını düşürmeye razı olmasının da bir tesiri bulunmaz.

Aynı şekilde Rabbimiz kulun malını denize atıp faydasız yere zayi etmesini de yasaklamıştır. Kul buna razı olsa bile rızası muteber olmaz.

1- *el-Bedâyi',* VII, 55 vd.

2- *el-Furûk,* I, 141 vd.; *Kavâidu'l-Ahkâm* (el-İzz b. Abdisselâm), II, 66.

Yine böyle Allah teâlâ'nın haram kıldığı bir çok şey kulun menfaati içindir. Sarhoşluk veren şeyleri (müskirat) kulun aklını korumak için, hırsızlığı malını muhafaza için, kazf'i (namusa iftira etmeyi) ırzını korumak için, öldürme ve yaralamayı canını, vücudunun organlarını ve sağlığını himaye için haram kılmıştır. Bütün bunlardaki hakkını kul düşürmeye razı olsa da rızası muteber sayılmaz, geçerli olmaz.

Bütün bu ve benzeri kulların menfaatlerini ihtiva eden haklar Allah teâlâ'ya aittir. Düşürülmekle düşmezler. Hepsi kulların menfaatini sağlamak, zararlarını defetmek açısından kulların haklarını ihtiva etmektedir. Şeriatte bu şekilde nice örnekler vardır. Fasıkların velâyet hakkına razı olmak, rezil kişilerin şahitlik etmeleri gibi hususlarda Allah teâlâ lütuf ve rahmetinin gereği olarak kullarına yasaklar getirmiştir.

Zinaya zorlanmış adama had uygulanır mı, mehir vermesi icap eder mi?

İmam Ebu Hanife'nin son vardığı görüşe ve imameynin (Ebu Yusuf ve Muhammed'in) kanaatlerine göre zinaya zorlanmış kimseye had uygulanmaz, ancak mehir vermesi icap eder.

İmam Malik ve Hanbelîler hem mehir vermesi, hem de had uygulanmasının lâzım geleceğini söylemektedirler.

Şafiîler ile muhakkik Malikîler: "Sadece mehir vermesi lazımdır; had icap etmez", demişlerdir. Delilleri, şüphe bulunması [1] ve: *"Ümmetimden hata, unutma ve yapmaya zonlanmış oldukları şeylerin günahı kaldırılmıştır."* hadisidir. [2]

Toplarsak, cumhur ercah olan görüşe göre zinaya zorlanan adamın mehir vermesi lâzım geldiği, cezaya çarptırılmasının gerekmediği kanaatindedir. Hanbelîler ise hem mehir vermesinin, hem de had uygulanmasının icap ettiğini söylemektedirler.

4. Zinanın Hakimin Huzurunda İspat Edilmesi

Âlimlerin icmasına göre zina ikrar etmek veya şahitler vasıtasıyla sabit olur. Zina, sirkat (hırsızlık), muharebe (yol kesme, eşkıyalık), içki içme haddi gibi ilâhî hadler, hakimin hüküm verirken veya hükümden önce bilmesi ile sabit olmaz. Çünkü bu gibi suçların cezası, şüphe bulunma durumunda düşer, zaten mümkün mertebe örtülmesi de menduptur. [3]

Ceza vermek için hüccet ve delil getirmenin şart koşulmasındaki hikmet gayet

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 319; *el-Bedâi',* VII, 180; *el-Mühezzeb,* II, 267.
2- Taberânî, Sevbân'dan tahric etmiştir.
3- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 398, 149, *el-Mîzânü'ş-Şârânî,* II, 154; *el-Muğnî,* VIII, 209; *el-Bedâyi',* VII 52.

açıktır. Allah teâlâ hikmetinin kemali gereği canileri (suçluları) delilsiz cezalandırmaz. Nitekim ahirette de suçlarına dair delil ve hüccet ortaya koyduktan sonra hak edenlere azap edecektir. Allah'ın, kendisiyle kulları hesaba çekeceği delil ya kullar tarafından ortaya konur ki, bu suçu ikrar etmektir; ya da onun yerini tutan hal ve vaziyet duruma delâlet eder. *Lisan-ı hal* denen bu şekil dilin ikrar ve itirafından daha kuvvetli ve doğrudur. Çünkü durumu suçu işlediğini gösteren kişi, meselâ üzerinde içki kokusu bulunması, içki kusması, çalıntı malın hırsızın evinde bulunması gibi açık deliller sebebiyle, hakkında doğru da yalan da olabilecek bir ihbara dayalı şahitlik bulunan kişiden daha fazla cezaya lâyıktır. Bu noktada bazı fakihlerin farklı kanaati olmakla beraber ashab-ı kiram arasında ittifak vardır.

Delilin suçludan başkası tarafından ortaya konmasına ise beyyine (delil) denir. Akıl ve sağduyunun gereği olarak da delil getirende adalet sıfatı ve töhmet bulunmaması şartı aranır. Bu iki şart delilin sağlayacağı maslahatı gerçekleştirir. (1)

Ashab-ı kiram hamileliği zinanın vaki olduğuna bir işaret kabul etmişlerdir. (2) Malikîler ve İbnü'l-Kayyim bu görüşü benimsemişlerdir. Hanbelîler ise şöyle demişlerdir: Şüpheye yer bırakmayacak şekilde kocası kendisinden uzakta olup da zina yoluyla hamile kalan kadına had uygulanır.

Hanefî ve Şafiîler, karine ve işaretler ile zinanın ispat edilmesi hükmünü vermemişlerdir.

Delil (beyyine), fakihlerinin tabiriyle erkek, âdil, hür ve müslüman olan dört kişinin: "Biz o adamı o kadının fercine, sürmedanlığa milin girmesi gibi cima ederken gördük." diye zinaya şahitlik etmeleridir.

Bu zikredilenlerden ve Hanefîlerin ifadelerinden delilde bir takım şartlar öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bülûğa erme, akıl, erkeklik, hür olma, adalet ve şehadetin asıl olması gibi bazı şartlar bütün hadlerde bulunur. Bazısı da zina, sirkat (hırsızlık) ve şarap içmeye mahsus şarttır; üzerinden epey bir vakit geçmemek gibi. Geriye kalan da zinaya mahsus şartlardır. (3)

1- Zina haddinde şahitlik edenlerin dört kişi olmasının delilleri şu ayet-i kerimelerdir: *"Kadınlarınızdan fuhuş işleyenlere karşı içinizden dört şahit getirin"* (Nisâ; 15), *"Buna karşı dört şahit getirmeli değil miydiler?"* (Nûr, 13), *"Namuslu ve hür kadınlara (zina isnadıyla) iftira atan, sonra buna dair dört şahit getirmeyen kimseler...."* (Nûr, 4) Üç şahit şehadetle bulunsa, dördüncüsü: "İkisini tek bir yorgan altında gördüm" deyip daha fazla bir şey eklemese Hanefîlere göre şahitlik

1- *A'lâmu'l-Muvakkıîn*, II, 100.

2- *et-Turuku'l-Hukmiyye*, 97, 214; *eş-Şurhu'l-Kebîr*, IV, 185. sh. civarı; *el-Münteka ale'l-Muvatta'*, Bâbu Haddi'z-Zinâ; *el-Mühezzeb*, II, 266; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 356; *Metâlibu Uli'n-Nuhâ*, VI 193.

3- *el-Bedâyi'*, VII, 46 vd.; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 114, 161-177; *Tebyînu'l-Hakâik* III, 164.

eden üç kişiye kazf (namusa iftira atma) haddi uygulanır, kazf yapmadığı için dördüncü şahsa had vurulmaz. Hükmün verildiği meclistç dört şahidin dışında başka şahitler şehadette bulunsalar ittifakla hepsine kazf hadi vurulur. Çünkü Hz. Ömer Muğîre'ye karşı zina şahitliği yapan üç kişiye had uygulamıştır. [1]

2- Mükellef olmak, yani akllı ve bülûğ çağına erişmiş olmak. Çocukların ve delilerin şahitliği kabul edilmez.

3- Erkekler için hiç bir zaman zinada kadınların şahitliği kabul olunmaz. Bunun sebebi kadınların şeref ve haysiyetlerine saygı göstermektir. Çünkü zina, çirkin ve kötü bir şey olduğundan kadınların bu gibi muamelelere karışması istenmez.

Kişinin muhsan olup olmadığı ise İmam Züfer'in dışında Hanefîlere göre erkeklerin kadınlarla birlikte şehadet etmeleriyle de sabit olur.

4- Adalet. Fasıkın ve adaleti bilinmeyen, fasık olması muhtemel olan, durumu kapalı (mestûru'l-hâl) şahsın şehadeti kabul edilmez. Fasık olan veya fasık oldukları ortaya çıkan dört kişi zinaya şahitlik etseler onlara kazf haddi vurulmaz. Çünkü fasık, fasıklık töhmeti sebebiyle her ne kadar edasında bir nevi kusur bulunsa da eda (mahkemede bilfiil şahitlikte bulunma) ve tahammül (şahitlik ettiği hususa vâkıf olma) ehli kimselerdendir.

5- Hür olmak. Kölelerin şahitliği kabul edilmez.

6- İslâm. Adaletleri gerçekleşmiş olmadığından zimmîlerin şahitliği kabul olunmaz.

7- Asıl şahitlik olması. Başkasının şahitliğine dayanarak yapılan şahitlik, hakimin diğer bir hakime yolladığı mektup kabul edilmez. Bu şekillerde suçun olduğuna dair şüphe ihtimali bulunduğu için had sabit olmaz.

8- Hakkında şahitlik yapılan şeyin (meşhûdunbih) bir olması. Yani dört şahit de tek fiil, tek zaman ve mekân üzerinde ittifak etmelidir.

9- Meclis birliği. Şahitliği yerine getirirken şahitlerin aynı mecliste bir arada olmaları lâzımdır. Eğer ayrı ayrı birbiri peşinden gelecek olurlarsa şahitlikleri kabul edilmez, o takdirde kazf haddi cezasına çarptırılırlar. Hz. Ömer şöyle buyurmuştur: *"Rabîa ve Mudar kabileleri kadar çok olarak teker teker gelseler hepsini de kırbaçlardım."* Maksat şahitlik yaparken meclis birliğinin bulunmasını ifade etmektir.

10- Aleyhinde zina şahitliği yapılan kişinin cima yapabilecek kudrette olması lâzımdır. Erkeklik organı kesik olsa, hakkındaki şahitlik kabul edilmez, şahitlere kazf haddi vurulur.

1- Buhârî *Sahîh*'inde zikretmiştir.

11- Aleyhinde zina şahitliği yapılan kişinin şüphe bulunduğu iddiasını yapabilecek kudreti olmalıdır. Dilsiz ise aleyhindeki şahitlik kabul olunmaz. Çünkü konuşabilseydi belki şüphe olduğu iddiasında bulunabilirdi.

12- Açık bir özür olmaksızın üzerinden zaman geçmemiş olmalıdır. Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi bu, zina, hırsızlık ve şarap içme hadlerinin uygulanabilmesi için bir şarttır. Bunun manası şudur: Töhmete ve fitne uyandırılmasının önüne geçmek için suç işleme tarihiyle şahitlik etme zamanı arasından uzun bir müddet geçmemiş olmalıdır. Çünkü açık bir özür olmaksızın olaydan bir süre geçtikten sonra şahitlikte bulunmakta, o şahsa duyulan bir kinin rol oynadığı sezilmektedir. Nitekim Hz. Ömer şöyle buyurmuştur: *"Bir had hakkında suçun işlendiği sırada değil, sonradan şahitlik eden bir kavim, içlerindeki bir kin sebebiyle şahitlikte bulunmuştur. Onların şahitliği kabul edilmez."*

Bir yerde hakimin bulunmaması, mesafenin uzaklığı, yolun tehlikeli oluşu gibi açık bir özüre bağlı olarak zaman aşımının meydana gelmesi şahitliğin kabulüne engel değildir.

Zaman aşımı süresi İmam Ebu Hanife'ye göre kadı tarafından takdir edilir. Çünkü her devirde ve çevrede özürler farklı farklıdır.

İmameyn ise şöyle derler: Zaman aşımı (tekâdüm)nı süresi bir ay veya daha fazla olabilir. Eğer süre bir aydan az ise o, zaman aşımı sayılmaz. Çünkü zaten bir ay muteber sürenin en azıdır. Artık ondan da az olan süre acil hükmünde olur.

13- Şahitler, had uygulanıncaya dek şahitlik sıfat ve ehliyetini taşımalıdırlar. Eğer had uygulanmadan veya onların şahitliklerine dayanarak hüküm verilmeden önce ölseler kaybolsalar, kör olsalar, dinden dönseler, dilsiz olsalar yahut da kazf haddi cezası yiyerek sopalansalar had düşer. Zira bu gibi durumlar, şahitlik yapılırken bulunsa şahitliğin kabul edilmesini engeller. Sonradan ortaya çıkmasında da durum aynıdır. [1] Geriye kalan şahitlere kazf haddi vurulur. Çünkü o zaman şahitlerin sayısı dört kişiden aşağı düşmüş demektir. Sayıları dörtten az olduğunda kazf haddi cezasına çarptırılırlar. Şafiî ve Hanbelîler ise: "Şahitlik yapıldıktan sonra bu gibi manilerin ortaya çıkmasının etkisi olmaz." demektedirler. [2]

Muhsan bir kimse aleyhine zina yaptığı yolunda şahitlik eden şahitler, kadı tarafından o kişi hakkında recm kararı verilip uygulandıktan sonra şahitliklerinden dönseler diyetini öderler. Eğer şahit, recm hükmü verildikten sonra şahitliğin inkâr etse diyet olarak hiç bir şey ödemez. Çünkü şahitliği inkâr etmek dönme değildir. Dönme şahidin "Şahitliği iptal ettim." demesi ile olur. [3]

1- *el-Mebsut,* IX, 50.
2- *el-Muğnî,* VIII, 207.
3- *Mecmau'd-Damânât,* 360 vd.

Zina hususunda şahitlik etmenin bazı şartları hakkında ulemanın ihtilâfı:

1- Hakkında şahitlik edilen hususun (meşhûdunbihin) bir olması. Dört mezhebin imamları şöyle diyorlar: Dört şahidin şahitlik ettikleri hususun bir olması şarttır. Şahitlerin aynı fiilin aynı zaman ve yerde yapıldığı hususunda ittifak etmesi lâzımdır. Nitekim Hanefîlerde de böyle ön görüldüğünü yukarda açıklamıştık. Eğer ihtilâfa düşerlerse şahitlikleri kabul edilmez. Bir şahıs hakkında iki şahit bir yerde diğer iki şahit de başka bir yerde zina ettiğini yahut şahitlerden ikisi falan gün, diğer ikisi de başka bir gün zina ettiğini söyleseler şahsa had cezası uygulanmaz. Aynı şekilde Hanefîlerin cumhuruna göre şahitlere de had vurulmaz. Çünkü şahitlere göre meşhudunbih olan zina fiili farklılık göztermemekte, hepsi de tek bir zinayı kasdetmektedirler. İmam Züfer'e göre ise bu şahitlere had uygulanır. Zira şahitlerin sayısı eksilmiştir. Şahit sayısının eksilmesi ise şahitliğin kazf şekline dönüşmesini gerektirmektedir. Durum üç kişinin zina şahitliğinde bulunmasına benzemektedir.

Âlimlerin farklı düşündüğü şahitlik şekillerinden biri de şöyledir: Bu kötü fiilin işlendiği yer dar olup şahitlerden ikisi, evin şu köşesinde, diğer ikisi de öteki köşede zina ettiler, diye şahitlik etse, bu durumda: İmam Ebu Hanîfe ve İmam Ahmed: "Bu şehadet kabul edilir." diyor. Çünkü fiilin başlangıcının bir köşede, sona ermesinin de diğer köşede olması mümkündür. Ama ev büyük ise iki ev yerine geçebileceğinden şahitlik kabul olunmaz. (1)

İmam Malik ve İmam Şafiî ise: "Bu şahitlik kabul edilmez, onunla had sabit olmaz; çünkü şahitler tek bir zina fiili hakkında ittifak etmiş değillerdir." demektedirler. (2)

2- Şahitlik meclisinin bir olması: İmam Ebu Hanife şöyle diyor: "Şahitlerin beraber olması ve tek bir mecliste şahitliklerini yapmaları şarttır. Şayet ayrı ayrı gelip birbiri ardına şahitlik edecek olurlarsa, şehadetleri kabul edilmez."

İmam Malik ve İmam Ahmed'e göre sadece hakimin meclisinin bir olması şarttır. Hakim hüküm verdiği mecliste kalkmadan otururken şahitler ayrı ayrı gelecek olsalar, şahitlikleri kabul edilir. Bazıları hakim kalktıktan sonra gelmiş olursa kâzif (iftiracı) sayılır ve kendilerine had vurulur. (3)

İmam Şafiî ise şöyle diyor: Gelişlerinde olsun toplanmalarında olsun meclis birliği şart değildir. Zina hakkında ayrı ayrı ve birbirinden sonra da şahitlik yaptıkları zaman had tatbik edilir. Çünkü: *"Buna karşı dört şahit getirmeli değil miydiler?"* (Nur, 13) ayet-i kerimesinde meclis zikredilmemiştir. Mühim olan şahitlerin

1- *el-Bedâyi4*, VII, 49; *el-Muğnî*, VIII, 200; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 167.
2- *Muğnî'l-Muhtâc*, IV, 151; *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 430; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 185.
3- *el-Muğnî*, VIII, 200; *el-Müntekâ ale'l-Muvatta'*, VII, 144; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 356.

yaptığı şahitliğin bir olmasıdır. Diğer şahitliklerde olduğu gibi tek bir mecliste veya ayrı ayrı meclislerde yapılması bir şey değiştirmez. (1)

Şahitliğin yapılmasında zaman aşımı (tekâdüm):

Hanefîlere göre yukarda açıkladığımız şekilde olayın üzerinden bir süre geçmesi durumunda şahitlik kabul edilmez.

Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere göre ise zina, kazf ve şarap içme ile ilgili hadler hususunda yapılan şehadet, hadisenin üzerinden bir zaman geçmesiyle de kabul edilir. Zina hakkındaki şahitliğin zikredildiği ayet geneldir. Ayrıca bu, iptal edilmesini gerektirecek bir delilin sabit olmadığı bir haktır. Şahitliğin geciktirilmesi bir özürden veya şahidin kaybolmasından ötürü olabilir. Had ise mutlak ihtimale dayanılarak düşmez. (2)

Hakimin zinaya şahitlik edenlerle beraber rolü:

Şahitlerde yukarda geçen şartlar toplanıp kadı (hakim)nın yanında şahitlik ettiklerinde, kadı onlara zinanın ne olduğu, nasıl işlendiği, yeri, zamanı, hangi kadınla birlikte işlendiği hakkında sorular sorar. (3)

Zinanın mahiyeti, ne olduğu hakkında sorması, şahidin haddi gerektiren zinadan başka bir şeyi, meselâ gözle veya elle yapılan zinayı kasdetmiş olma ihtimali sebebiyledir.

Zinanın nasıl işlendiği hususundaki sorusu, şahidin ferc yoluyla değil, meselâ baldırlara yanaşma yoluyla yapılan zinayı murat etmiş olma ihtimali dolayısıyladır.

Zinanın işlendiği yeri sorması, dar-ı harpte veya Şafiîler hariç cumhurun görüşüne göre dâr-ı bağy'de (açıklaması bâğîlere (asilere) verilecek ceza bölümünde gelecektir.) işlenme ihtimali bulunduğu içindir.

Zinanın zamanını sorması, çok önceden işlenmiş, üzerinden zaman geçmiş bir zina hakkında şahitlik etme ihtimaline binaendir.

Kendisiyle zina edilen kadın hususunda sorması, kadının, kendisiyle cima edildiğinde had icap etmeyen, meselâ şüphe yoluyla cima edilmiş kadın gibi birisi olması ihtimalinden dolayıdır.

Zinayı ikrar etme:

Hanefîlere göre zinaya dair ikrar, akıllı ve bülûğa ermiş olan şahsın zina ettiğini hakimin huzurunda dört mecliste dört defa itiraf etmesinden ibarettir.

1- *el-Muğnî*, a.y.; *el-Mîzân*, II, 156.
2- *el-Mîzân*, II, 158; *el-Muğnî*, VIII, 207; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 161.
3- *el-Mebsût*, IX, 38; *el-Bedâyi'*, VII, 49; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 115; *el-Muğnî*, VIII, 200.

Hanefîler, ikrar hakkında bazısı bütün hadleri de içine alan, diğer bazısı da bazı hadlerle ilgili olan bir takım şartlar ileri sürmüşlerdir.

Bütün hadleri de içine alan şartlar şunlardır: [1]

1- Bülûğ: Çocuğun hadler hususundaki hiç bir ikrarı sahih olmaz. Çünkü çocuğun fiili cinayet (suçu) olarak vasfolunamaz.

2- Konuşma (nutuk): İkrar, hitap ederek ve söz söyleyerek yapılmalı, yazı veya işaretle olmamalıdır. Dilsizin ne yazıyla ve ne de işaretle yaptığı ikrar yeterlidir (yani dilsizin ikrarına itibar olunmaz.). Çünkü şeriat, haddin vacip oluşunu sırrı belli bir ifadeye bağlamıştır. İfade ise sarih bir lafız ile son şeklini alır.

Şafiîlere göre haddin sabit olması için dilsizin zinayı işlediğini işaretle ikrar etmesi kâfidir.

3- İsteyerek yapılması: Hadler ve mallar ile ilgili hususlarda mükreh (başkası tarafından zorlanan) kişinin ikrarı kabul edilmez.

İkrarda aranan ve bazı hadlere de ait olan şartlar da şunlardır:

1- İkrarın birden fazla olması: Özellikle zina haddinde ikrarın dört defa tekrarlanması lâzımdır. Yani ikrarda bulunan şahıs akıllı ve bâliğ olması yanısıra kendi aleyhine dört defa suçunu ikrar etmelidir. Haddin uygulanması için suçun tam olarak tespit edilmesi gerekir. Nitekim Mâiz de Resulullah'ın (a.s.) önünde dört defa ikrar etmiştir. [2] Hanefîler ile Hanbelîlerin mezhebi böyledir. [3]

Malikîler ile Şafiîlere göre ise [4] bir kimsenin bir kere ikrarı kâfidir. [5] Çünkü bir insanın kendi aleyhine yalan söylemesi, üstelik haddi icap ettiren bir şeyi itiraf etmesi uzak bir ihtimaldir. Ayrıca ikrar, haber vermek demektir. Haberin tekrarlamak sebebiyle üstünlüğü artmaz. Hz. Peygamber (a.s.) yukarıda zikredilen asîf (basit işçi) olayında şöyle buyurmuştur:

"Ey Uneys! Şunun karısına git, zina ettiğini itiraf ederse onu recmet." [6]

1- *el-Bedâyi'*, VII, 49-51; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 117; *el-Mebsût*, IX, 91.

2- Buharî, Müslim, Tirmizî ve Ebu Dâvûd Ebû Hureyre'den, yine Müslim ve ahmed, Burayde'den rivayet etmişlerdir. Tahrici yukarıda geçmişti. *Câmiu'l-Usûl*, IV, 283 vd.; *Neylü'l-Evtâr*, VII 109.

3- *el-Muğnî*, VIII, 191 vd.

4- *Hâşiyetu'd-Desûkî*, IV, 318; *el-Müntekâ ale'l-Muvatta'*, VII, 135; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 356; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 150.

5- Şafiîlerden ez-Zincânî, *Tahrîcu'l-Furû' ale'l-Usûl* isimli eserinde Mâiz hadisesinin esas yönünü açıklayarak ve: "İmam Şafiî'ye göre, Resulullah (a.s.) tarafından illeti de zikredilerek hükmün verildiğinde illetin hadisedeki şahsa mahsus kılınma imkânı varsa belli bir şahsın başına gelen bir olayda umumilik olduğu iddiasında bulunmak mümkün değildir." kâidesini takrîr ederek diyor ki: Bundan şu fer'î hüküm çıkar: İmam Şafiîye göre kıyas yoluna gidilerek diğer ikrarlarda oludğu gibi zina ikrarında da tekrarın muteber olması sakıt olur.

6- Buhârî, Müslim, Ahmed ve *Muvatta'* sahibi tarafından Ebû Hureyre ve Zeyd b. Hâlid el-Cüheni'den

Gâmid oğullarından zina yaptığını itiraf eden kadına Resulullah (a.s.): *"Yazık sana, dön ve Allah'a tövbe ve istiğfarda bulun." deyince kadın "Sanıyorum beni de Maiz b. Malik'i geri çevirdiğin gibi geri çevirmek istiyorsun" cevap vermiş. Hz. Peygamber: "O ne demek oluyor?" deyince kadın: "O zinadan hamile bulunuyor" demiş. Resul-i Ekrem'in: "Sen de mi hamilesin?" sorusuna kadın: "Evet" deyince Resulullah kadına: "Karnındakini dünyaya getirinceye kadar... (bekle öyleyse). buyurmuştur."* [1] Buna benzer başka hadisler de vardır.

2- Zina ikrarının yapıldığı meclislerin birden fazla olması: İkrarın dört ayrı mecliste yapılması lâzımdır. Çünkü Resulullah (a.s.) Mâiz'in meclisinin farklı olmasını muteber saymıştır. Mâiz her defasında meclisten çıkıyor, sonra geri dönüyordu. Hz. Peygamberin oturduğu yer ise değişmemişti. Hanefîlerin görüşü budur.

Âlimlerin cumhuru ise ikrarın tek mecliste yapılmasını kâfi görmüştür.[2]

3- İkrar, imam (İslâm devlet başkanı) veya kadı huzurunda yapılmalıdır, aksi hâlde muteber sayılmaz. Çünkü Mâiz'in ikrarı Resulullah (a.s.)'ın huzurunda olmuştur. Eğer şahitler, bir şahsın haddi uygulama yetkisi olmayan birinin önünde dört kere ve farklı meclislerde ikrarda bulunduğuna şahitlik etseler, kadı bu şahitliği kabul etmez. Zira zina eden inkâr ediyorsa ikrardan dönmüş demektir; ikrar ediyorsa ikrarın bulunduğu yerde şahitliğe itibar olunmaz.

4- Zina, hırsızlık, şarap içme ve sarhoş olma ile ilgili ikrar sırasında ayık olmak gerekir. Sarhoşken ikrarda bulunan bir şahsın ikrarı sahih olmaz.

5- Zina ikrarı, zina etmesi düşünülebilecek bir şahıs tarafından yapılmalıdır. Böyle düşünülmesi mümkün olmayan, meselâ erkeklik organı kesik bir kişinin ikrarı sahih değildir. Ama organı varsa meselâ *innîn* (cinsî iktidarsız) ve *hısıy* (husyeleri çıkarılmış) ise ikrarı sahihtir.

6- Zina ettiği söylenen şahıs, şüphe bulunduğu iddiasını ileri sürebilecek güçte olmalı, yani konuşabilmelidir. Bu gücü yoksa, sanık kadın veya erkek dilsiz ise ikrar sahih olmaz. Zira konuşma gücü bulunsa nikâh akdinin var olduğunu iddia, yahut zinayı inkâr edebilirler.

İkrar kâsır (noksan) bir delildir:

Zina ile ilgili olarak cinsî ilişkide bulunduğunu taraflardan biri ikrar, öbürü inkâr etse ikrar edene had vurulması icap eder. [3] Çünkü Hz. Peygamber (a.s.) Asîf

rivâyet edilmiştir. Tahrîci yukarda geçmişti.

1- Müslim ve Dârekutni, Süleyman b. Burayde'den, o da babasından rivâyet etmiş olup Dârekutnî: Bu *sahih* bir hadistir, demiştir. *Câmiu'l- Usûl*, IV, 279 vd.; *Neylûl-Evtâr*, VII, III; *Nasbu'r-Râye*, III 314; *Sünenü'd- Dârakutnî*, III,92.

2- *Bidâyetü l- Müctehid*, II,430

3- *el- Bedayi'*, VII,51; *el- Muğnî*, VIII, 207.

hadisesinde şöyle buyurmuştur: *"Oğlunun kamçılanması ve bir sene sürgün edilmesi gerekiyor. Ey Uneys! Şunun karısına git; eğer zina ettiğini itiraf ederse onu recmet."* (1)

Sehl b. Sa'd es-Sâidî'nin rivayet ettiğine göre bir adam bir kadınla zina ettiğini ikrar etmişti. Hz. Peygamber (a.s.) durumu tahkik için kadına haber göndermiş, kadın inkâr edince sadece ikrar eden adama had vurulmuştu. (2)

İkrarda zaman aşımı (tekâdüm):

Âlimler, zina ile ilgili ikrarda zaman aşımının etkisi olmayacağı hususunda ittifak etmişlerdir. Zira insan kendi nefsi aleyhinde itham olunamaz. Öyleyse bir süre geçtiksen sonra yapılan zina ile ilgili ikrar kabul edilir. (3)

Zina ikrarında bulunan kişiye karşı hakimin tavrı:

Bir insan kadı (hakim) huzurunda zina işlediğini ikrar ettiği zaman kadı bundan hoşlanmadığını göstermeli veya onu kovmalıdır. Resulullah (a.s.)'ın Mâiz'e yaptığı gibi bunu üç kere tekrarlamalıdır.

Hanefîlere göre bu şahıs dört kere ikrarda bulunduğunda kadı Onun durumunu inceler, aklî dengesinin yerinde olup olmadığını kontrol eder. Nitekim Hz. Peygamber (a.s.) Maiz'e böyle davranmış, ona: *"Sende cin çarpması mı, yoksa delilik mi var?"* demiş, kabilesine adam gönderip durumunu soruşturmuştur.

Aklî dengesinin yerinde olduğunu öğrendikten sonra kadı ona zinanın ne olduğu, nasıl yaptığı, nerede ve hangi kadınla veya erkekle yaptığı hakkında sorular sorar. Niçin bu soruları sorduğunun sebeplerini yukarıda zikretmiştik.

İkrar eden şahıs bunları açıkladıktan sonra kadı ona, muhsan (kendisinde hürriyet, İslâm, sahih bir nikâh ile evlenmiş olma gibi ihsan vasıflarını taşıyan kişi) olup olmadığını sorar. Zira ihsan bulunup bulunmamasına göre zina hükmü değişir. "Muhsanım." derse kadı: "İhsan nedir?" diye sorar. Çünkü ihsan, herkesin tamamını bilemeyeceği bir takım şartların toplanmasından ibarettir. İkrar eden şahıs, ihsanı da istenen şer'î açıklamaya uygun olarak anlatırsa kadı artık recmedilmesi hükmünü verir ve haddin onun üzerine uygulanmasını emreder. (4)

İkrardan dönme:

İmam Ebu Hanife, İmam Şafiî ve İmam Ahmed şöyle diyorlar: "Bir şahıs ka-

1- *el-Mühezzeb*, II, 268.
2- *Cemâat* ve Beyhakî, Ebû Hureyre ve Zeyd b. Hâlid el-Cuhenî'den rivâyet etmişlerdir.
3- Beyhakî birbirine yakın lafızlarla rivayet etmiştir. İmam Ahmed ve Ebu Dâvud'un da rivayet ettiği bu hadisin senedinde tenkide uğramış Abdüzzelâm b. Hafs isimndeki ravi bulunmaktadır.
4- *el-Mebsût*, IX, 46; *el-Bedâyi'*, VII, 51; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 120; *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 166.

dının (hakimin) huzurunda ikrarda bulunsa, had hükmü verilmesinden veya haddin birazının uygulanmasından sonra ikrardan dönse yahut kaçsa ondan had düşer. (1) Böylece *"Hadleri, şüphe bulunma durumunda düşürün."* hadisiyle amel edilmiş olur. Resul-i Ekrem (a.s.) Efendimiz de Mâiz'e: *"Belki ona sadece dokundun, belki onu sadece öptün."* (2) sözleriyle ikrarından dönmesi telkininde bulunmuştur. Kaçtığında Mâiz'in peşinden giden ashabına da: *"Bırakaydınız ya onu. Belki tövbe eder de Allah teâlâ tövbesini kabul ederdi."* (3) buyurmuştur.

Malikîlerde meşhur olan görüşe göre bir şüphe bulunarak ya da bulunmayarak, meselâ: "Kendi aleyhime yalan söyledim, karım ihramlıyken onunla cima ettim ve bunu zina sandım." gibi sözlerle ikrardan döndüğü takdirde had düşer. İmam Malik'ten: *"İkrarda bulunan kişinin özrü olmaz."* hadisiyle amel edilerek özrü kabul edilmez, ancak bir şüphenin bulunması durumu bunun dışındadır dediği de rivayet olunmuştur. (4)

Netice olarak ikrardan dönme ittifakla caizdir.

5. Zina Edene Haddin Uygulanışı

Haddi ikame etme (uygulama) şartları:

1- Bunların bazısı bütün hadlerde şart koşulur, bazısı da sadece recm (taşlayarak öldürme) haddine mahsustur. Bütün hadler ileride geleceği üzere imam (İslâm devlet başkanı) tarafından uygulanır. Recm haddine mahsus olan şart da taşlamaya önce şahitler tarafından başlanmasıdır.

Buna göre müslümanların imamı veya onun nâibi haddi uygular. Şayet had, celd (sopa yahut kırbaçla dövme) cezası ise imam ya kendisi cezayı uygular ya da kendi yerine birisini tayin eder. Eğer had recm cezası ise taşlamaya şahitler tarafından başlanması şarttır; tabiî had şahitlik yoluyla sabit olmuşsa. Eğer ikrar ile sabit olduysa taşlamaya imam başlar. (5)

Recme şahitlerin başlamasının şart olması hususunda âlimlerin ihtilâfı:

Hanefî ve Malikîlere göre recm cezası şahitliğe dayanarak vacip olmuşsa istihsan gereği taşlamaya şahitlerin başlaması şarttır. Hz. Ali'den şöyle dediği rivayet

---

1- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 120; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 150; *el-Mühezzeb,* II, 271; *el-Muğnî,* VIII, 197.

2- Hâkim, *el-Müstedrek*'te: *"Belki ona dokundun veya onu öptün."* lafzıyla İbni Abbas hadisi olarak rivayet etmiştir. Hadis, Buharî'de *"Belki öptün veya göz ucuyla suzdün ya da sadece baktın."* lafzıyla; İmam Ahmed'in *Müsned*'inde *"Belki de öptün veya değdin veya baktın!.."* lafzıyla gelmiştir. *Nasbu'r-Râye,* Iv, 316; *Sübülü's-Selâm,* IV, 8.

3- Ebu Dâvud, Yezîd b. Naîm b. Hezâl'den, o da babasından rivayet etmiştir. Ahmed, İbni Mâce ve *hasendir* diyerek Tirmizî, hadisi Ebu Hureyre'den: *"Onu bırakıverseydiniz ya."* lafzıyla rivayet etmişlerdir. *Câmiu'l-Usûl,* IV, 287; *Neylu'l-Evtâr,* VII, 102.

4- *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 430; *Hâşiyetü4d-Resûkî,* IV, 318.

5- *el-Bedâyi',* VII, 57 vd.; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 122, 124; *Hâşiyetu'd-Desûkî,* Iv, 320; *Bidâyetü'l-Müc tehid,* II, 428.

edilmiştir: *"İlkin şahitler, sonra imam, daha sonra da insanlar taşlarlar."* (1) Burada geçen sonra *(sümme)* kelimesi bu işin sırayla yapılacağını belirtmek için kullanılmıştır. Hz. Ali bu sözü ashab-ı kiramın huzurunda söylemiş, karşı çıkan olmamış, dolayısıyla bir icma meydana gelmiştir. Öte yandan bu şartın mutebcr kabul edilmesinde haddi düşürme bakımından ihtiyatlı bulunulmuş olur. Zira şahitler taşlamaya başlarlarsa olabilir ki, bu işten irkilirler ve bu, onları yaptıkları şahitlikten dönmeye sevkeder de aleyhine şahitlik edilen kişiden had düşer. Şahitlerden bazısı recmetmekten geri durursa İmam Ebu Hanife, Muhammed ve bir rivayette Ebu Yusuf'a göre recm cezası düşer. Çünkü taşlamadan çekinip geri durmalan şahitliklerinde yalan bulunabileceği şüphesini doğurmuştur.

Celd cezasında durum böyle değildir. Celdde, vurmaya şahitlerin başlaması şartı yoktur. Çünkü celd sahih bir şekilde bilinmemektedir. Hz. Ali'den gelen rivayet özellikle recm hakkında varit olmuştur. O bakımdan celd işi kıyas kaidesi üzere kalır.

Şafiî ve Hanbelîlere göre sünnete uygun sıralama şöyle yapılır: Eğer had, delil yoluyla tespit edildiyse önce şahitler taşlamaya başlar, sonra hakim, daha sonra da diğer insanlar taşlarlar. Zira şahitler, şahitlikte bulunma dışında diğer insanlarla eşittirler. Dolayısıyla kimse önce taşlamaya başlama gibi bir şeyle mecbur tutulamaz. Hadleri yerine getirecek olan imamdır. Recm iki had çeşidinden biri olduğuna göre taşlamaya şahitlerin başlaması şart olmayan celd cezasına kıyas edilir. (2)

2- Fakihlerin ittifakıyle hadleri ancak imam (İslâm devlet başkanı) yahut onun vekil tayin ettiği kimse uygular. Çünkü Resulullah (a.s.) Efendimizin zamanında hiç bir had, onun izni olmadan uygulanmamıştır. Hulefâ-i raşidin döneminde de ancak onların izniyle tatbik edilmiştir. Ayrıca had, içtihada muhtaç ilahî haklardan olduğundan o hususta zulüm ve haksızlıktan çekinmek lâzım gelir. O yüzden imamdan başkasının izni ile uygulanması caiz olmaz. (3)

3- Hanefîlere göre had uygulandığı sırada şahitlerde, şehadeti eda (yerine getirme) ehliyeti mevcut olmalıdır. Yukarıda da geçtiği gibi şahitlerin bu ehliyeti fasıklık, dinden dönme, delirme, kör ve dilsiz olma gibi bir sebeple kalkarsa had düşer. (4) Cumhur ise bu şartı ileri sürmemiştir.

4- Celd cezası uygulanırken suçlunun helâk olmasından korkulmaması da itti-

---

1- Beyhakî *Sünen*'inde Âmir eş-Şa'bî'den, İmam Ahmed *Müsned*'inde yine eş-Şa'bî'den; İbnî Ebi Şeybe ise Yezîd b. Ebu Leylâ'dan ve İbni Mes'ûd yoluyla Hz. Ali'den çeşitli lafızlarla rivayet etmişlerdir. *Nasbu'r-Râye,* III, 319 vd.; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 108.

2- *el-Bedâyi',* ve *Fethu'l-Kadîr*'deki aynı yerler; *el-Müntekâ ale'l-Muvatta',* VII, 133; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 428; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 356; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 152; *el-Mühezzeb,* II, 26 vd.; *el-Muğnî,* VIII, 159. Bu görüş, Hanefîlere göre kıyas gereğidir.

3- *el-Mühezzeb,* II, 269.

4- *el-Bedâyi',* VII, 59.

fakla ileri sürülen bir şarttır. Zira celd haddi kişiyi helâk etmek için değil, caydırmak için meşru kılınmıştır. Celd cezasının çok sıcak ve çok soğuk havalarda, hastalık, nifas ve hamilelik hallerinde uygulanması caiz değildir. Çünkü böyle hallerde had tatbik edilmesi ölüme yol açar, hamile kadının ve karnındaki ceninin helâk olmasından korkulur. (1)

Fakat Şafiî ve Hanbelîler, iyileşme ümidi bulunmayan hastalık durumunda had uygulamayı caiz görmekte (2) ve şöyle demektedirler: Böyle bir hastalık halinde yahut vücudun dövmeye dayanamayacak şekilde nahif ve zayıf olması durumunda üzerinde yüz tane budak bulunan hurma veya üzüm salkımlarıyla tek bir defa vurulur. Sehl b. Hanîf'ten rivayet edildiğine göre o vücudu çelimsiz ve hasta bir adam hakkında yüz budaklı hurma dallarıyla ona tek bir kere vurmalarını emretmiştir. (3) Zira öyle bir durumdaki kişiye helâkine sebep olacağından değnekle vurulmaz. Had cezasının iptal ve kaldırılmasına yol açabileceğinden de ceza uygulamaktan vaz geçilemez.

Tazminat hususunda Şafiîler şöyle diyorlar: Uygulanmasının caiz olduğu bir durumdayken had uygulanır ve o şahıs helâk olursa tazmin olunmaz. Çünkü ilahî hak onun helâkine sebep olmuştur. Tatbikinin caiz olmadığı bir vaziyetteyken had uygulanacak olursa meselâ kadın hamile olup celd sebebiyle cenin ölürse tazminat icap eder. Çünkü cenin daman (teminat ve garanti) altındadır, başkasının suçu sebebiyle tazminatı düşmez. Kendine had vurulan şahıs telef olduğu takdirde eğer had çok soğuk veya sıcak bir havada uygulanmış da ölmüşse tazminat gerekmez.

Cumhur ise kendine had vurulan kişinin helâk olması sebebiyle tazminat gerekmeyeceğini söylemektedir. Bunlarla ilgili geniş açıklama tazir konusunda gelecektir.

Recme gelince: Bunun uygulanması için suçlunun helâkinden korkulmaması gibi bir şart yoktur. Zaten recm helâk edici bir cezadır. Sadece hamilenin hamilelik süresince cezası ertelenir. Haksız yere yavrusunun ölümüne yol açacağı için o sırada hamileye had uygulanmaz, recm işi çocuğnu doğuruncaya kadar ertelenir. Çünkü Resul-i Ekrem (a.s.), *"Vallahi ben hamileyim."* diyen Gâmid'li yahut Cühenli kadınlara önce: *"Madem öyle şimdi git, çocuğunu doğrur;"* sonra da: *"Git onu sütten kesilinceye dek emzir."* buyurmuştur. (4)

Haddin uygulanış şekli:

Dört mezhep imamı, recmedilmek suretiyle hakkında had uygulanacak kim-

1- *el-Bedâyi*, a.y. *el-Mebsût*, IX, 100; *el-Mühezzeb*, II, 270 vd.

2- *Muğnî'l-Muhtâc*, IV, 155; *el-Mühezzeb*, II, 270 vd.; *Hâşiyetu'd-Desâkî*, IV, 330; *el-Kavânînu'l Fıkhıyye*, 356, Fâs baskısı; *el-Muğnî*, VIII, 171, 173.

3- İmam Ahmed ve İbni Mâce rivayet etmiştir.

4- *el-Bedâi', Muğnîl-Muhtâç, ed-Desâkî ve el-Muğnî*'deki aynı yerler. Gâmidiyye hadisinin tahric yukarıda geçmiştir. Cüheniyye hadisininki ileride gelecektir. Cüheniyye hadisi ile Gâmidiyye ha

seye eğer erkek ise ayakta bulunduğu halde had yapılacağında ittifak etmişlerdir. Recim ister beyyine (şahit ve delil) yoluyla, isterse ikrar yoluyla sabit olsun had cezasına çarptırılmış şahıs bir şeye bağlanmaz, tutulmaz, kendisi için çukur kazılmaz. Nitekim Resul-i Ekrem (a.s.) Mâiz hakkında böyle yapmış, onun için çukur kazdırmamıştır. (1) Had cezasına mahkûm olan kişi için çukur kazılacağı şeklinde bir hüküm gelmemiştir, dolayısıyla bunun sabit olmaması icap eder. Ayrıca taşlanan kişi kaçabilir ve kaçışı ikrarından döndüğüne delil olmuş olur. Mâiz de taşı az olan bir yerden çok taş bulunan bir bölgeye kaçmıştır. (2)

Hakkında recm uygulanacak kişi bir kadın ise, Hanefîlere göre, onun için çukur kazılması hususunda tercih müslümanların imamına aittir, isterse kazdırır isterse terkeder. Kazdırmak kadının örtülü kalması bakımından evlâ ve uygundur. Rivayete göre Hz. Peygamber (a.s.) Gâmidli kadın için göğsüne kadar bir çukur kazdırmıştır. (3) Had uygulanırken kadının elbiselerinin çıkarılmayacağı ve dolayısıyla örtülü olacağı için çukur kazma işi terk de edilebilir. Çünkü çukur kazmadaki kadının örtülmesi maksadı böylece gerçekleşmiş olur.

Şafiîlere göre esah olan, zina yaptığı delil ile sabit olmuşsa, açılıp saçılmaması amacıyla kadın için çukur kazılmasının müstehap olduğudur. Şayet zina yaptığı ikrar yoluyla sabit olmuşsa durum bunun aksinedir, yani çukur kazılmaz; ta ki ikrarından döndüğü takdirde kadın kaçma imkânına sahip olsun.

Malikî ve Hanbelîlere göre kadın için çukur kazılmaz, böyle bir şey sabit olmamıştır. İbni Rüşd: "Toptan ele alındığında bu husustaki hadisler ihtilâflıdır." demiştir. İmam Ahmed ise: (4) "Hadislerin çoğu çukur kazılmaması şeklindedir, Hz. Peygamber (a.s.) Cüheyne'li kadın için de Mâiz için de, iki yahudi için de çukur

---

disindeki kadının aynı kişi olduğu anlaşılmaktadır. Zira Gâmid, Cüheyne kabilesinin bir koludur.

1- Müslim ve Ebu Dâvud, Ebu Saîd el-Hudrî'nin şöyle dediği rivayet etmektedir: *"Resûlullah (a.s.) bize Mâiz b. Mâlik'i recmetmemizi emredince onu Bakî' mevkiine çıkardık. Vallâhi onun için çukur da kazmadık, bağlamadık da Önümüzde dikildi ve onu kemiklerle, hazef (topraktan yapılma çanak çömlek kırık parçaları) ile taşladık. Bunların acısından ötürü kaçmaya başladı. Sonra harre denilen siyah taşlık yerde karşımızda durdu. Orada ölünceye dek yerden aldığımız taşlarla taşa tuttuk."* *Nasbu'r-Râye,* III, 325; *Neylu'l-Evtâr,* VII, 109.

2- *el-Mebsût,* IX, 15; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 429; *el-Müntekâ ale'l-Muvatta,* VII, 142; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 356; *Hâşiyetu'd-Desûkî,* IV, 320; *Muğnî'l-muhtâc,* IV, 153; *el-Muğnî,* VIII, 158 *el-Bedâyi',* VII, 59; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 128.

3- Ebu Davud'un *Sünen*'inde Hz. Ebubekir'den rivâyetine göre Resul-i Ekrem (a.s.) bir kadını recmetmiş, onun için göğüs hizasına kadar çukur kazdırmıştır. Zeylâî, hadisin senedinde meçhul bir ravi bulunduğunu söyler. Müslim, Ahmed ve Ebu Dâvud, Gâmidiyye hadisesini rivayet ederken şunu zikretmişlerdir: *"Sonra Hz. Peygamber (a.s.)'in emri üzerine kadının göğsü hizasına kadar çukur kazıldı. Ardından yine Resul-i Ekrem (a.s.) insanlara emir verdi, onlar da kadını recmettiler."* *Câmiu'l-Usûl,* IV, 294, *Nasbu'r-Râye,* III, 325; *et-Telhîsü'l-Habîr,* 353, *Neylu'l-Evtâr,* VII 109.

4- a.g.e.

kazdırılmamıştır." demiştir. [1]

Celd (değnek veya kamçı ile dövülme) cezasına mahkum edilmiş şahıs, ceza uygulanırken ayakta mı duracak yoksa oturacak mı meselesinde Hanefîlerin görüşleri şöyledir: Erkeğe ayakta, kadına oturduğu yerde celd vurulur. Erkeğin izar (belden aşağısını örten don gibi elbisesi) dışındaki giyecekleri çıkarılır. Bütün hadlerde ve tazir cezalarında erkeğin elbiseleri çıkarılır. Sadece kazf haddinde kürk ve kalın elbiseleri çıkarılmakla yetinilir.

İmamın kanaatine göre suçun önüne geçmeye ve caydırmaya yarayacaksa en şiddetli dövme, ta'zir cezasında, sonra sırasıyla zina sebebiyle celd vurmada, sonra şarap içme, daha sonra da kazf haddi cezalarında olur. Zira zina suçu, şarap içme ve kazf suçlarından daha büyüktür. Kazf bir kimseye zina isnat etmek demektir, dolayısıyla gerçek zinadan derecesi daha hafiftir. Zinanın çirkinliği ve adiliği hem şer'an hem de aklen sabit olmuştur. Şarap içmenin kendisinin suç oluşu aklen değil şer'an sabittir. O yüzden şarap içmenin aksine zina bütün dinlerde haram olagelmiştir. Yine şarap, zorlama altında ve son derece açlık halinde mübahtır, halbuki zina zorlama veya şehvetin aşırı olma hâllerinde bile mübah değildir. Yine aynı şekilde zina hususundaki celd cezası Kur'an-ı Kerim ayetiyle sabit olmuştur, şarap içme cezasının sabit oluşu ise içtihada dayanır.

Kadına gelince: Bütün hadlerde kürk ve diğer yünlü, pamuklu kalın giyeceği dışında hiç bir elbisesi çıkarılmaz. Çünkü onun avret yerlerinin açılması haramdır. Kürk ile yünlü ve pamuklu kalın elbiseler ise dövülenin acıyı hissetmesini engeller. Onlarsız da tesettür (örtünme) mümkün olacağından caydırma gayesi gerçekleşsin diye çıkarılır. Zira suçtan vazgeçirme ve caydırma esası vaciptir. [2]

İmam Malik: "Erkek bütün hadlerde göbeği ile diz kapağı arası hariç soyulur; çünkü kendisine celd vurulması hakkındaki emir doğrudan vücuduna vurmayı gerektirir." demiştir. [3]

İmam Şafiî ve İmam Ahmed'e göre ise, bütün hadlerde kendisine had vurulan şahsın sadece kürk ve içi pamuk veya yün doldurulmuş cübbesi çıkarılır. Çünkü

1- Resul-i Ekrem (a.s.) in Mâiz için çukur kazdırmadığı hususu yukarda açıklamasını zikrettiğimiz gibi Ebu Saîd el-Hudrî rivayetinde sâbittir. Cüheniyye için çukur kazılmaması ise Müslim, Ahmed, *Sünen* sahipleri (İbni Mâce hariç) tarafından İmrân b. Husayn'dan nakledilen hadîsin zahirinin delâletinden çıkmaktadır. İmrân: *"Resûlullah (a.s.) Cüheniyye için emir verdi, elbiselerini üzerine iyice bağladı. ardından yine Resulullah'ın emri ile recmolundu ve Hz. Peygamber cenâze namazını da kıldı."* demiş, çukur kazılması hususunu zikretmemiştir. İbni Hacer *et-Telhis*'de diyor ki: "Fakat zikredilmemesi yapılmadığını göstermez." Aynı şekilde İmam Ahmed ile Buhârî ve Müslim'in iki yahudînin recmedilmesi olayı ile ilgili olarak İbni Ömer'den rivayet ettikleri hadiste de çukur kazma hususu zikredilmemiştir. *et-Telhîsu'l-Habîr,* 353; *Neylu'l-Evtâr,* VII, 92, 111; *Sübülü's-Selâm,* IV, 11; *Câmiu'l-Usûl,* IV, 277.

2- *el-Bedâyi,* VII, 60; *Tebyînu'l-Hakâik,* III, 171; *el-Mebsût,* IX, 71 vd.; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 128.

3- *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 429; *Hâşiyetu'd-Desûkî,* IV, 354.

böyle kalın elbiseler üzerinde bırakılacak olursa dövülmeyi umursamaz. Bunların dışındakilerin çıkarılmayacağına delil Abdullah b. Mes'ud'un şu sözüdür: *"Bu ümmette yere uzatma, soyma, boynuna ip bağlama veya bukağı vurma gibi cezalar yoktur."* [1] Resulullah (s.a.s)'ın ashabından celd cezasını uygularlar iken mahkumun yere yatırıldığı, soyulduğu elbiselerinin çıkarıldığı yolunda bir rivayet nakledilmemiş, bilakis üzerinde bir veya iki elbise bulunduğu rivayet olunmuştur. [2]

Haddin icra edilmesi (dövme ve taşlamanın şekli):

Recm haddi, meder (tuğla) ve avuca sığacak büyüklükte taşlarla vurmak suretiyle uygulanır. Çektiği acının uzamaması için hafif taşlar, çabucak canı çıkıp da başkalarına ibret teşkil edici ceza olma yanının kaybolmaması için çok iri kayalar kullanılmaz. [3]

Celd ise üzerinde budak olmayan bir değnek ile yapılır. Mahdud (mahkum olan şahıs) yere yatırılmaz; bu bidattir. Cellad elini başından daha yukarı kaldırmaz. [4] Eğer kaldırırsa suçlunun helâk olmasından yahut derisinin parçalanmasından korkulur. Darbe ne çok şiddetli, ne de hissedilmeyecek kadar yumuşak olmayıp, orta kararda olmalıdır, tâ ki helâke yol açmasın, aynı zamanda istenen caydırıcı tesir meydana gelsin. Hz. Ömer, Hz. Ali, Hz. Abdullah b. Mesud böyle yapmışlar, haddi normal bir değnekle vurmuşlardır. [5] Dikkat edilirse suçlunun, şarap içme haddi dışında değnekle dövüleceği hususunda âlimler arasında her hangi bir ihtilâf yoktur. Şarap içme cezasına gelince: Bazı ulema bu haddin suçluya eller, ayakkabılar ve elbiselerin yenleri vurularak uygulanacağını söylemiştir. Ebu Hureyre'nin rivayetine göre şarap içmiş bir adam Resulullah (a.s.)'ın huzuruna getirildiğinde Hz. Peygamber: *"Onu dövünüz."* buyurdu. Ebu Hureyre diyor ki: *"Kimimiz eliyle kimimiz pabucuyla, kimimiz de elbisesini çarparak adamı dövdük."* [6]

1- Taberanî rivayet etmiş olup el-Heysemî de: İsnâdı *munkatı*dır, isnadda *zayıf* bir ravi olan Cuvey bin bulunuyor, demiştir. *Mecmau'z-Zevâid,* VI, 253.

2- *el-Mühezzeb,* II, 270; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 190; *el-Muğnî,* VIII, 313 vd.

3- *Muğnî'l-Muhtâc,* IV, 153; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 126; *el-Müntekâ ale'l-Muvatta',* VII, 134; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 356.

4- Buna delil Hz. Ömer, Ali ve İbnî Mes'ûd'un fiilleridir. Onlar haddi uygularken cellada: *"Koltuk altının beyazı görülecek kadar elini fazla kaldırma."* diye tembih etmişlerdir. Bu rivâyeti Beyhakî natletmiştir. *et-Telhîsu'l-Habîr,* 361.

5- Beyhakî nakletmiştir. abdurrazzâk da *el-Musannef*inde Yahyâ b. Ebîkesîr'den rivayet etmiştir. *Muvatta*'da rivayet edilen Zeyd b. Eslem hadisinde geçen Peygamberimizin fiili de bunu desteklemektedir: *"Resul-i Ekrem (a.s.) zinâ ettiğini itiraf eden bir adama celde vurulması için ne çok ince, ne de çok kalın olan, orta derecede bir değnek getirmelerini istedi."* *Câmiu'l-Usûl,* IV, 340; *Nasbu'r-Râye,* III, 323; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 361; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 114.

Fıkhî kaynaklardan şunlara bakınız: *el-Bedâyi',* VII, 60; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 126; *Tebyînu'l-Hakâik,* III, 169; *Hâşiyetu İbnî Abidîn,* III, 161; *Muğnî'l-Muhtâc,* IV, 190; *el-Mühezzeb;* II, 287; *Hâşiyetu'd-Desûkî,* IV, 354; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 346.

6- Ahmed, Buhârî ve Ebu Dâvud, Ebu Hureyre'den rivayet etmişlerdir. *Neylül-Evtâr,* VII, 138.

Vücutta celd haddinin vurulacağı yer:

Hanefîlere göre vurma işleminin tek bir organ üzerine yapılmaması icap eder. Zira bu organın telef olmasına yahut derinin parçalanmasına yol açar. Vücudun omuzlar, kollar, bacaklar, ayaklar gibi çeşitli organlarına ayrı ayrı vurulur. Ölüme sebep olabileceğinden korkulan yüz, baş, göğüs, karın, cinsî organlar gibi azalara vurmaktan sakınılır. (1) Hz. Ali cellada şöyle emretmiştir: *"Onu döv, her uzvuna dayaktan hakkını ver, yüzüne ve cinsî organına vurmaktan sakın."* (2)

İmam Malik: "Hadlerde sırta ve yakın bölgelere vurulur." der. (3)

İmam Şafiî ise: "Darbe bütün organlara dağıtılır. Yüz, cinsî organ, böğür ve diğer tehlikeli yerlere vurmaktan sakılınır" der. Delilleri yukarıda geçen Hz. Ali'nin sözüdür. Hz. Ömer'den de rivayet olunduğuna göre ona zina etmiş bir cariye getirilmiş ve demiş ki: *"Götürün dövün onu, ama derisini parçalamayın."* Zira celdden maksat öldürmek değil, suçtan vazgeçirmektir. (4)

İmam Ahmed ise şöyle diyor: Kadın ve erkek olsun baş, yüz ve cinsî organ dışında bütün organlarına vurulur. Bunların dışındaki organlar sırta benzemektedir, öldürmeye sebep olmaz. Hz. Ali'nin cellada söylediği: *"Döv, acıt, fakat başa ve yüze vurmaktan sakın,"* sözü buna delâlet etmektedir. (5)

Haddin yapılacağı yer:

Hanefî ve Hanbelîlere göre bütün hadler insanlardan bir topluluk önünde uygulanmalıdır. *"Müminlerden bir zümre, topluluk da onların cezalarına şahit olsun."* (Nûr, 2) ayeti buna delâlet etmektedir. Had vurmaktan maksat da zaten insanları bu çeşit kötülüklerden uzaklaştırmaktır. (6)

Şafiîlere ve Malikîlere göre haddin bir cemaat önünde tatbik olunması müstehaptır. Topluluğun sayısı en az dört kişi olmalıdır. (7)

Aralarında Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlerin de bulunduğu cumhura göre (8) Resulullah (a.s.)'ın: *"Hadler mescitlerde uygulanmaz. Oğlu karşılığında baba (kısasen) öldürülmez."* (9) *hadisi ile "Mescitlerinizden çocuklarınızı, delilerinizi, seslerinizi*

1- *el-Bedâyi',* VII, 60; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 126; *el-Mühezzeb,* II, 270.

2- el-Heysemî: *Merfû* olarak *garîb* bir hadistir, Hz. Ali'ye *mevkûf* olarak rivâyet olunmuştur, demiştir İbni Ebu Şeybe, Abdurrazzâk, Saîd b. Mansûr ve Beyhakî çeşitli yollarla Hz. Ali'den rivayet etmişlerdir. *Nasbu'r-Râye,* III, 324; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 361; *Sübülü's-Selâm,* IV, 32.

3- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 429; *Hâşiyetu'd-Desûkî,* IV, 354.

4- *Muğnî'l-Muhtâc,* IV, 154; *el-Mühezzeb,* II, 270; *el-Mîzân,* II, 173.

5- *el-Muğnî,* VIII, 313 vd.

6- *el-Bedâyi',* VII, 60; *el-Muğnî,* VIII, 170.

7- *Muğnî'l-Muhtâc,* IV, 152; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 356; *el-Mühezzeb,* II, 270.

8- *el-Mühezzeb,* II, 287; *el-Mebsût,* IX, 101; *el-Muğnî,* a.g.y.

9- Tirmizî, İbni Mâce ve Hâkim İbni Abbas'tan rivayet etmişlerdir. isnadında hafıza yönünden *zayıf* bir ravi olan İsmâil b. Müslim el-Mekkî bulunmaktadır. Hadîsi Ebu Dâvud, Hâkim, İbnûs-Seken,

yükseltmeyi, alışverişlerinizi, hadlerinizi uygulamayı uzak tutunuz. Cuma günlerinizde mescitlerinizi güzel kokularla kokulayın, kapılarına abdest almak için ibrik ve benzeri kaplar koyun." [1] hadisine dayanılarak hadler mescitlerde uygulanmaz.

Çünkü mescitlere hürmet göstermek vaciptir. O yüzden mescitlerde kılıç çekmek de yasaklanmıştır. Ayrıca had uygulanırken suçludan çıkacak necasetin mescidi kirletmesinden de emin olunamayacağından ihtiyat yönünü gözetip mescitleri öyle şeylerden uzak tutmak vaciptir. [2]

Recmedilerek öldürülmüş kişinin hükmü:

Cumhur şöyle diyor: Recmolunan şahıs ölünce yıkanır, kefenlenir, cenaze namazı kılınır ve gömülür. [3]Çünkü Resul-i Ekrem (a.s.) Efendimiz Mâiz hakkında: *"Ona da ölülerinize yaptığınız gibi muamele edin."* buyurmuştur. [4].

EK:

1- Livatanın (homoseksüelliğin) hükmü:

Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere göre livata had cezasını icap ettirir. Çünkü Allah teâlâ Kur'an-ı Keriminde bu cinayeti işleyenlere çok ağır bir azap indirdiğini açıklamıştır. Livatada zina manası bulunduğu için yapana zina haddi cezası icap eder.

İmam Ebu Hanife'ye göre livata yapan şahsa sadece tazir cezası verilir. Livata fiilinde neseplerin karışması, çoğu kere bu kötü fiili işleyenin öldürülmesine yol açacak çekişmeler ile sonuçlanması gibi bir durum olmadığından zina sayılmaz. [5]

Malikiye Şafiîlere ve İmam Ahmed'den gelen iki rivayetin azhar olanına göre livata yapan şahsın cezası her durumda recmdir, ister evli ister bekâr olsun hüküm

---

Dârakutnî ve Beyhakî de Hakîm b. Hmzâm'dan tahrîc etmişlerdir, bunun isnadında beis bulunmamaktadır. Aynı şekilde Bezzâr da Cübeyr b. Mut'im hadisi olarak nakletmiştir ki, isnadında *tedlîs* yaptığı için *zayıf* kabul edilen el-Vâkıdî vardır. Hadisi İbnî Mâce de, Amr b. Şuayb4dan, o da babası ve dedesi yoluyla nakletmiştir. Bunun senedinde de İbni Lenîa vardır. *Câmiu'l-Usûl,* IV, 346; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 361; *Mecmau'z-Zevâid,* VI, 282; *Sübülü's-Selâm,* IV, 32).

1- Bezzâr, İbni Mes'ûd hadisi olarak rivayet etmiş; Musa da Ubeyr'den rivayet ediyor." dedikten sonra: "İbni Mes'ûd hadisi olarak aslı mevcut değildir." diye ilave etmiştir. İbni Mâce'nin naklettiği hadisi Taberânî *el-Kebîr*'de Ebu'dderdâ, Ebû Umâme ve Vâsile b. el-Eska'dan, yine *el-Kebîr*'de Muâz'dan rivâyet etmiştir. *Nasbu'r-Râye,* II, 492; *et-Terhîb ve't-Terhîb,* I, 199.

2- *el-Bedâyi,* a.y.

3- *el-Bedâyi',* VII, 63; *el-Muğnî,* VIII, 168.

4- İbnî Ebu Şeybe *Musannef*'inde Bureyde'den rivayet etmiştir. Üzerine namaz kılındığını belirten Câbir b. Abdullah hadisi Buhârî'de bulunmaktadır. *Nasbu'r-Râye,* III, 320; *Tuhfetu'l-Fukahâ,* III 192.

5- *el-İnâye alâ Hâmişi Fethu'l-Kadîr,* IV, 150.

değişmez. Hadis-i şerifte böyle emredilmiştir: *"Lût kavminin amelini yaparken yakaladığınızda faili (o işi yapanı) de, mefulü (kendisiyle iş yapılanı) de öldürün."* Başka bir lafızda: *"Üsttekini de alttakini de recmediniz."* buyurulmuştur. (1)

Şafiîlere göre livata yapana gereken ceza, zina haddinde gereken cezadır. Yapan şahıs muhsan (evli ve diğer ihsan şartlarını taşıyan) olursa recmedilmesi vaciptir. Muhsan değilse celd vurulup sürgün edilmesi icap eder. Bunun delili Ebu Musa el-Eş'arî'nin rivayet ettiği Hz. Peygamber (a.s.)'in şu hadisidir: *"Erkek erkeğe (arkadan) yanaşırsa her ikisi de zinacı olurlar. Kadın kadınla cinsî ilişki yaparsa her ikisi de zinacı olurlar.* "Bu cinsî ilişki sebebiyle icap eden bir had cezası olduğundan zina zina haddine kıyas edilerek bekâr ve evli oluşa göre hüküm değişir. Zina ile aralarındaki ortak nokta her ikisinin de haram bir organı haram bir ferce sokmaktan ibaret oluşudur. (2)

2- Hayvana cinsî yönden yaklaşmanın hükmü:

Dört mezhep imamının ittifakına göre hayvana cinsî tecavüzde bulunan bir kişiyi hakim, onu bu suçtan vazgeçirecek bir ceza ile tazir eder. Çünkü selîm olan, sapıklık bulunmayan bir insan tabiatı böyle bir cinsî ilişkiden nefret eder. Dolayısıyle had uygulayarak cezalandırmaya gerek yoktur. Sadece tazir edilir. (3)

İmam Neseî'nin *Sünen*'inde, Abdullah b. Abbas (r.a.)'tan: *"Hayvana cinsî temasta bulunan kişiye had olmaz."* dediği nakledilmiştir. (4) Bir sahabe, böyle bir sö zü kendiliğinden değil, ancak Hz. Peygamber (a.s.) Efendimizden nakledilmesine dayanarak söyler.

Kendisine cinsî tecavüzde bulunulan hayvana gelince: Malikîlere göre onun hükmü, kesme ve etinin yenmesi bakımından diğer hayvanlarınki gibidir. Yani yenmesinde haramlık ve mekruhluk söz konusu değildir.

Şafiîlere göre bundan dolayı hayvan kesilmez. Esah olan görüş budur. Hayvan eti yenen cinsten olup boğazlandığı takdirde de esah olan görüşe göre yenmesi helâldir, ancak haramlık şüphesi bulunduğu için mekruh sayılır. Şayet hayvan başkasına ait olursa, eti yenmeyen cinsten ise değerinin hepsini, yenen cinsten ise boğazlanması sebebiyle eksilen değerini suçlunun tazmin etmesi icap eder. Çünkü

1- *Hâşiyetu'd-Desûkî*, IV, 314; *el-Muğnî*, VIII, 187; *el-Müntekâ ale'l-muvatta'*, VII, 142; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 355.

2- *el-Mîzân*, II, 157; *el-Mühezzeb*, II, 268; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 144; *Tahrîcu'l-ale'l-Usûl*, 184.

3- Tazir: Hakkında belli bir ceza, şer'î bir had bulunmayan suçlardan dolayı hakim tarafından uygun görülerek tatbik edilecek ceza demektir. Kişinin şeref ve makamına uygun olarak dikkat çekme, mahkemeye çağırma, hapis ve dayak atma gibi şekillerde uygulanır. Daha geniş açıklama ileride ayrı bir bahis olarak gelecektir.

4- Tirmizî ve Ebu Dâvud tahrîc etmiştir. Bir lafızda: *"Bir hayvana mukarenette bulunan üzerine had yoktur."* şeklinde gelmiştir. *Câmiu'l-Usûl*, IV, 308; *et-Telhîsu'l-Habîr*, 352; *Neylu'l-Evtâr*, VII 118.

hayvanın telef olmasına ve kesilmesine o sebep olmuştur.

Hanefîlerde bir görüşe göre o hayvan kesilir, eti ise yenmez. (1): Hanbelîlere göre hayvanın öldürülmesi lâzımdır. eti yenen cinsten olup olması farketmez. Hadis-i şerifte: *"Kim bir hayvana cinsî tecavüzde bulunursa onu da, hayvanı da öldürün."* buyurmuştur. (2) Çünkü bu hayvanın canlı kalması daima o günahı hatırlatır, sahibinin daima ayıplanmasına yol açar. (3)

3- Ölüye cinsi yönden yanaşma:

Malikîlere göre, önden veya arkadan bir ölüye yaklaşan kişiye zina haddi uygulanır. Çünkü bir insana ferc yoluyla cinsî tecavüzde bulunmuş olmaktadır. Dolayısıyla hayattaki bir kadınla zinaya etmeye benzemektedir. Hem bu fiilin günah ve vebali daha büyüktür. Çünkü fuhuşun yanı sıra bir ölüye gösterilmesi gereken hürmet de çiğnenmiş olmaktadır. (4)

Hanefî ve Şafiîlere, ercah olan görüşlerinde Hanbelîlere göre, ölüye yanaşan kimse had olunmaz. Zira bu insan tabiatinin nefret ettiği bir iştir. Had yoluyla engellemeye ihtiyaç yoktur, sidik içmeye benzer. Bu pis işi yapan kimse sadece tazir ve tedip olunur. (5)

1- Bu hayvanın her halde kesilmesi lazım gelmez. Başkasına ait ise kendisinden kıymetiyle alıp kesilmesi menduptur. İmam-ı Azama göre, yenmesi helâl olan hayvanlardan ise kesildiğinde etini yemek caizdir. İmameyne göre bu et, herhalde yakılmalıdır, *Istılâhât-ı Fıkhıyye Kamusu,* III/207-553 madde; *el-Bedâyî; Hindiyye.)*

2- İmam Ahmed ve dört *sünen* sahibi Amr b. Ebu Ömer yoluyla İbni Abbas'tan rivayet etmiştir. Tirmizî bu hadis hakkında: "Bunu ancak Amr b. Ebu Ömer hadisi olarak bilmekteyiz." demiştir. Ebu Dâvud ise bu Amr'ın: *"Hayvana yaklaşan üzerine had yoktur."* şeklindeki bu İbni Abbas hadîsi sebebiyle zayıf bulmuştur. Tirmizî "Bu ilkinden daha sahihtir." demektedir. (Yukardaki kaynakların yanısıra şunlara da bakınız: *Nasbu'r-Râye,* III, 342; *Mecmau'z-Zevâid,* VI, 273).

3- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 152; *el-Bedâyi',* VII, 34; *Hâşiyetu'd-Desûkî,* IV, 316; *el-Muğnî,* VIII, 189 *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 146; *el-Mühezzeb,* II, 269.

4- *Hâşiyetu'd-Desûkî,* IV, 314.

5- *el-Bedâyi',* VII, 34; *el-Muğnî,* VIII, 181; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 145; *el-Mühezzeb,* II, 269.

KAZF HADDİ

(ZİNA İFTİRASI CEZASI)

1. Meşruluğu

Kazf haramdır ve büyük günahlardandır. Ebu Hureyre'nin rivayet ettiği hadis-i şerifinde Resulullah (a.s.): *"Helâk edici yedi şeyden sakınınız."* buyurmuştur. Ashab-ı Kiram: "Nedir onlar Ey Allah'ın Resulü?" diye sorunca Resul-i Ekrem (a.s.) şöyle cevap vermiştir: *"Allah teâlâ'ya şirk koşmak, sihir (büyü) yapmak, Allah teâlâ'nın katlini haram kıldığı kimseyi öldürmek (haklı olarak öldürülen hariç), faiz yemek (tefecilik yapmak), yetim malı yemek, düşman ile savaş yapılırken kaçmak, evli ve hiç bir şeyden haberi olmayan namuslu, mümin bir kadına zina isnadıyle iftira atmak."* [1]

Kazf haddi Allah teâlâ'nın şu emriyle meşru kılınmıştır: *"Namuslu ve hür kadınlara iftira atan, sonra bu hususta dört şahit getirmeyen kimselerin her birine de seksen değnek vurun. Onların şahitliklerini ebedî kabul etmeyin. Onlar fasıkların ta kendileridir."* (Nûr, 4).

Vacip olmasının sebebi: Zina isnadıyla iftira etme sebebiyle had vacip olur. Çünkü iftiraya uğrayan devamlı bir utanç ve yüz karası içinde kalır. İşte bu utanca maruz kalmasını önlemek ve toplumdaki itibarını korumak için kazf haddi vacip kılınmıştır. [1]

Miktarı: Kazf haddi, yukarıdaki ayetin nassı gereği seksen değnek ile takdir olunmuştur. Buna ilâve olarak diğer bir tedip cezası daha vardır. O da iftiracının şahitliğinin reddedilmesi ve fasıklık damgasını yemesidir. Artık şahitliği kabul edilmez. Ancak Hanefîlerin dışındaki âlimlere göre tövbe etmesi durumu müstesnadır.

1- Buharî ve Müslim Ebu Hureyre'den *tahric* etmişlerdir. *et-Telhîsu'l-Habîr,* 355; *el-İlmâm,* (İbnı Dakîk el-îd) 518; *Neylu'l-Evtâr,* VII, 252.

2- *el-Bedâyi',* VII, 40.

2. Kazfın Tarifi ve Şer'î Yönden Açıklaması

Kazf, lügatte "taş ve benzeri şeyi atmak" manasına gelir. Sonra her ikisinin de neticedeki etkisi bakımından taş ile kötü şeyler arasında bulunan benzerlikten dolayı kötü ve hoşa gitmeyen şeyleri isnad ile iftira etme manasında kullanılmıştır. Çünkü taş atma ve iftira atmanın her birinde de eziyet verme söz konusudur. Kazf söz ile eziyet verme sebebidir. Kazfe iftira ve yalan manasına *firye* adı da verilir. (1)

Şer'î terim olarak kazf, bir insanın diğer bir kişiyi zinaya nispet etmesi veya bir müslümanın nesebini kesmek (babasıyla olan bağını yok kabul etmek); buradaki maksadın ne olduğunu tahsis eden diğer bir ifade ile mükellef bir şahsın hür, namuslu, müslüman, akıllı, bülûğa ermiş veya tahammül edebilecek diğer bir kişiyi zinaya nispet etmek ya da müslüman bir kişinin nesebini kesmek demektir. Bu Malikîlerin tarifidir. (2)

Hanefîler kazfi şöyle açıklamışlardır: Kazf iki çeşittir: Ya açıkça zinayı isnad ederek ya da açıkça zina isnadı yerine geçecek nesebi nefyetmek şeklinde olur.(3)

Birincisi, şüpheye yer bırakmayacak şekilde, yani kazfte bulunan kişi dört şahit getirmiş veya kazfe uğrayan ikrar etmiş olsa kazfe uğrayana (makzûf) zina haddi lâzım gelecek şekilde, açıkça zina isnadı yapmak suretiyle olur.

İkincisi, bir insanın nesebini bilinen babasından nefyetmek: "Sen filanın oğlu değilsin." veya "Filan senin baban değildir" demek suretiyle olur. Bunu yapana *kâzif* denir. Bu kişi, sanki makzûfa "Annen zinacıdır" demiş gibidir.

Açıklaması: Bir adam diğer birine: "Ey zâni! (zinacı)" veya "Sen zina ettin" veya "Sen zânisin," dese kendisine had vurulur. Çünkü öbürüne açıkça zina iftirasında bulunmuştur" Ey zinacının oğlu!" veya "Ey zinacı kadının oğlu!" dese de durum aynıdır, öbürünün baba veya annesine zina iftirası atmış olur.

Ama: "Annene ait değilsin." dese kâzif olmaz. Çünkü bu açık bir yalandır. Bu surette annesinden nesebini nefyetmektedir ki, anneden nesebi nefyetmek tasavvur edilemez. Zira gerçekte annesi onu doğurmuştur. Yine ona: "Anne-babana ait değilsin." dese de böyledir. Çünkü anne-babasından nesebini nefyetmiş olmaktadır. Çocuğu anne doğurduğu için ondan nesep nefyedilemez ve bu söz yalan olmuş olur.

1- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 190; *Hâşiyetü'd-Desukî,* IV, 324; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 155; *el-Muğnî,* VIII 215.

2- *Hâşiyetü'd-Desukî,* IV, 324. İbni Cüzeyy *(el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 342'de) daha kısa bir tarif vermiştir: Ön veya arkadan yapılan haram cinsî ilişki veya (anadan değil) babadan nesebin bulunmadığı isnadında bulunmak, tariz yoluyla bu ithamı yapmak, demektir.

3- *el-Bedâyi',* VII, 42 vd.; *el-Mebsût,* IX, 119 vd.; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 190, 202; *Tebyînu'l-Hakâik,* (ez Zeylâî) III, 199 vd., *Hâşiyetü İbni Âbidîn,* III, 185 vd.

"Babana ait değilsin." sözü böyle değildir; o takdirde anneye kazf etmiş olur. Burada annenin doğurmuş olduğu değil, babadan nesep nefyedilmektedir. Babadan nesebin nefyedilmesi ise anneye kazf olur.

Şayet öfke hâli dışında birine, onun amcasının veya dayısının veya annesinin kocasının ismini vererek "Sen filanın oğlusun." dese, Hanefîlere göre bu kazf olmaz. Çünkü amcaya baba denebilir. Dayı da, annenin kocası da öyledir. Allah teâlâ şöyle buyurmuştur: *"Yâ'kûb oğulları dediler ki: "Senin tanrına ve babaların İbrâhim'in, İsmâil'in, İshâk'ın bir tek tanrı olan Allah'ına ibadet edeceğiz."* (Bakara, 133). Hz. İsmâil (a.s.) Hz. Ya'kûb'un amcası olduğu halde 'baba' diye anılmıştır.

Yine Cenâb-ı Hak Yûsuf (a.s.) ile ilgili olarak: *"Babasını ve anasını tahtın üstüne çıkarıp oturttu.."* (Yûsuf, 100) buyurmuştur. Rivayete göre ayette sözü geçenler babası ile teyzesi idiler. Teyze anne yerinde olunca dayı da baba yerinde olur. Allah teâlâ Nuh (a.s.)'un lisanı üzere şöyle buyurmuştur: *"Nuh Rabbine dua edip dedi ki: -Ey Rabbim! Benim oğlum da şüphesiz benim ailemdendir."* (Hûd, 45) Âyetin tefsirinde, aslında oğlum dediği karısının başka kocadan olan oğluydu, şeklinde de rivayet vardır.

Eğer bu sözü öfke hâlindeyken ve sövüp sayma yoluyla söylerse o zaman kazf olur.

Bir kimse diğerine dedesini kastederek: "Filanın oğlu değilsin." dese kâzif olmaz. Çünkü o gerçekten sözünde doğru söylemiştir. Zira dedeye gerçekten baba denmez, ancak mecâz yoluyla denebilir.

Bir kimse bir adama: "Ey zâniye!" (Arapçada 'zâniye' zina yapan kadın demektir.) dese İmam Ebu Hanife ve İmam Ebu Yûsuf'a göre had icap etmez, İmam Muhammed ve İmam Şâfiî'ye göre eder. Bu son ikisinin delili şudur: Kelimenin sonundaki (hâ) harfi, ilave olarak gelmiş olabilir. Nitekim: *"Malım bana bir fayda vermedi, bütün saltanatım benden ayrılıp mahvoldu."* (Hâkka, 28-29) ayetlerinde geçen (maliyeh-sultaniyeh) kelimelerindeki hâ'lar ilâve olarak gelmiştir; esas manası mâlî=malım, sultânî=saltanatım demektir. Buradaki sözde de fazla olan hâ düşüp kelime erkek için kullanılan zâni= zina edici durumuna gelir. Bu (hâ) harfinin, bir sıfatı daha belirgin olarak ifade etmek için allâme (çok bilgin), nessâbe (nesep ilmini çok iyi bilen) şeklinde kelime sonlarına getirildiği de olur. Dolayısiyle bir kadına: "Ey zâni (zinâ edici)!" dediğinde ittifakla had icap ettiği gibi burada da kazf manası vardır.

İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yûsuf'un delilleri ise şudur: Buradaki kazf tasavvur edilemeyecek bir şeyle yapıldığı için lağv, boşa gitmiş olur. Tasavvur edilememesi şu sebeplerdir: O erkeğe, kadın için kullanılan temkîn (erkeği kendinden cinsî ilişki yoluyla faydalandırma) sıfatı ile kazfte bulunmuş olmaktadır. Çünkü (zâniyeh) kelimesindeki (hâ) harfi, dâribe (vuran kadın), kâtile (kadın katil) sârika

(kadın hırsız) gibi kelimelerde olduğu gibi dişilik belirtmek için getirilir. Bu ise erkek hakkında düşünülemeyecek bir şeydir. Ama bir kadına kelime sonunda dişilik takısı bulunmadan: "Ey zâni (zinâ edici)!" dese durum bunun tersinedir, o zaman kazf olur. Çünkü o zaman kelimeyi isim manasında getirmiş olmaktadır. Kadına ait sıfat, söylerken (hâ)yı kelime sonundan düşürmek kazf manasını bozmaz. Zira dişilik belirten (hâ), hâiz (hayızlı kadın), hâmil (gebe kadın), tâlik (boşanmış kadın) gibi kelimelerde kullanıldığı üzere bazan tamamen düşürülebilir.

Bir kimsenin karısına: "Ey zâni!" dediği zaman da hükmün ne olduğu buradan anlaşılabilir; Hanefî ve Şafiîlere göre ittifakla ona had uygulanır. Eğer sonunda hemze bulunan zenee 'den türemiş kelimeyi kullanarak: "Ey zâni!" dese ve asıl manası olan "dağa tırmanmayı" kasdetse yine had vurulur. Çünkü genelde insanlar hemzeli ile hemzesini ayırt edemez, Arapların bazısı da yumuşak ve hemzesiz olanı hemzeli okur. Dolayısıyla geriye sadece niyet kalır ki ona göre de bu söz muteber değildir.

Şayet: "Zene'te fi'l-cebel" dese ve dağa tırmanmayı kastetse sözü tasdik olunmaz, İmam Ebu Hanife ve Ebu Yûsuf'a göre had vurulur. İmam Muhammed'e göre tasdik olunur ve had vurulmaz. Onun delili şudur: Fuhuş manasına gelen zina kelimesi hemzesiz, dağa tırmanmak manasına gelen zenee hemzelidir. Kişi, onunla dağa tırmanmayı kastettim, derse, kelimenin dil yönünden gerektirdiği manayı kastetmiş olduğundan sözüne itibar edilmesi lâzım gelir.

İmam Ebu Hanife ve İmam Ebu Yûsuf ise delil olarak şunu söylemektedir: "Zina ismi örf olarak da, genel olarak da fuhuş hakkında kullanılır, insanların halk tabakası hemzeli ve hemzesiz kullanma şekillerini fark edemezler, örfen bilinen şeklinden başka bir manaya çekilmesi durumunda o söz tasdik edilemez."

Şafiîlere göre [1] eğer: "Zene'te fi'l-cebel = dağa tırmandın" derse, niyet olmaksızın bu söz kazf kabul edilmez. Çünkü = zene kelimesi, şairin: (Dağın yukarısına çıkar gibi hayırlara yüksel) sözünde olduğu gibi dağa tırmanmak, demektir. Bu kişi, (fî) edatını değil de (alâ) edatını kullanarak: (zene'te ale'l-cebel) derse, o zaman ittifakla had vurulur. Çünkü (alâ) edatını dağa tırmanmak manasını ifade için kullanılmaz; bu ifade için (sa'de ale'l-cebel) denmez, (sade fi'l-cebel) denir.

Şayet: "Ey kahpenin oğlu!" dese o kişi kâzif sayılmaz. Çünkü bu kelime zina eden kadın için olduğu kadar, zina etmemiş, fakat etmeye hazır ve eğilimli kadın için de kullanılır. Böyle bir ihtimal bulunduğundan kazf kabul edilmez.

"Ey daiyye'nin oğlu!" diyene de had vurulmaz. Çünkü daiyye, aslında nesebinin kendilerinden gelmediği bir kabileye nispet edilen kadın, yani nesebinin onlardan geldiği meçhul olan kadın demektir. Bu ise onu zina edici olduğunu göstermez, zira nesebinin başka bir kabileden sabit olması da caizdir.

1- *el-Mühezzeb*, II, 273.

Fakat örf değişir de bu son iki lafız ile insanların örf ve âdetlerine göre kazf kastedilecek olursa, söyleyene had vurulması icap eder.

Bütün bunlar sarih, açık bir zina lafzı ile veya açık lafız yerine geçecek bir şekilde kazfte bulunma ve zina kazfi olmayan şekiller ile ilgili hükümlerdir. Peki kinaye ve ta'rîz (imâ) yoluyla olan kazfın hükmü nedir? Bunun cevabı da şöyledir:

Kazfı ta'rîz (ima) etmek haddi icap eder mi?

Kazf açıkca zina lafzı ile olduğunda haddin icap ettiği hususunda fakihler ittifak etmişlerdir. Fakat iddialaştığı ve mücadele ettiği birine: "Sen zinacı değilsin", "İnsanlar tarafından zina yapmakla tanınmış değilsin.", "Ey helâl oğlu helâl (yani nikâhlı ilişkiden doğmuş kişinin meşru çocuğu)" demek yahut: "Ben zinâcı değilim, annem de, babam da zinacı değildir" demek gibi ta'riz (ima) yollu olduğunda had icap edip etmeyeceği âlimler arasında ihtilaflı bir husustur:

Hanefîlere göre ta'rîz onunla kazfe de niyet etse haddi icap ettirmez. Çünkü genelde ta'riz eziyet verme bakımından hafif bir iştir. Bu kazfe de, başkasına da ihtimali olan kinaye yerindedir. Bir kişiye ihtimale dayanarak had vurulmaz. Çünkü Resul-i Ekrem (a.s.): *"Şüpheler sebebiyle hadleri düşürünüz."* buyurmuştur.

Aynı şekilde zina ile başkası arasında ortak olarak kullanılan veya açıkça zina dışında bir cinsî ilişki şekline delâlet eden lafızçlar sebebiyle had vurulmaz.

Birincisine misal şudur: Bir kimse, bir kadına: "Filan kişi haram bir cima suretinde seninle cinsî ilişkide bulundu." veya "Filan seninle fuhuş yaptı." dese yahut da bir erkeğe: "Filan seninle fuhuş yaptı." dese yahut da bir erkeğe: "Filan kadınla haram bir cinsî ilişkide bulundun." veya "Onunla haram olarak cima ettin." dese, ona had vurulmaz. Zira cinsî ilişki haram bir şekilde olur da zina türünden olmaz. O takdirde bu kişinin kazfi ihtimal yollu olmuş sayılır, ihtimal bulununca da bir kimseye had icap etmez.

İkincisine misâl de şudur: Bir kimse, bir adama "Ey Lûtî!" veya "Lût kavminin yaptığını yapıyorsun." dese, ona had vurulmaz. Çünkü ilki sadece Lût (a.s.)'in kavmine nispet etmekten ibarettir. İkincisi ise livata (oğlancılık) ile kazfetmiş olmaktadır, o da İmameyn'in aksine İmam Ebu Hanife'ye göre yukarıda ayrıntılarıyla geçtiği üzere zina değildir. (1)

Malikîlere göre kazf ta'rîzi (iması), eğer bir takım belirtiler ile beraber bulunup zina ile kazfın anlaşılmasına yol açacak şekilde olursa haddi icap ettirir. Meselâ ağız kavgası yaparken: "Bana gelince ben zinacı değilim!" veya: "Ben nesebi belli bir kişiyim!" demek böyledir. Zina böyle bir kazf çoğu insanlara ağır gelir. Âdette ve kullanışa göre kinayenin her ne kadar lafız gerçek yerinde kullanılmamış olsa, yani istiare şeklinde söylenmiş olsa da, bazen sarih (açık) lafız yerine geçtiği vardır.

1- *el-Mebsût,* IX, 120; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 191; *el-Bedâyi',* VII, 42-44; *Tebyînu'l-Hakâik,* III, 200.

Edebiyatçıların "kinaye, sarih (açık) lafızdan daha beliğdir" sözü bu manaya gelmektedir. Bu mesele Hz. Ömer zamanında vaki olduğunda ashâb-ı kirâm ile istişarede bulunmuştur. Ashab bu hususta farklı görüşler belirtmiş, Hz. Ömer had icap ettiği kanaatine sahip olarak kâzifi kırbaçlatmıştır. (1)

Şafiîlere göre eğer kişi tariz ile kazfi niyet eder, onu kazf ile açıklarsa had icap eder. Bu durumda tariz kinaye yerinde olur, kinaye ise haddi icap ettirir. Çünkü şahitliğin mutebcr ve lâzım olmadığı boşama, köleyi azat etme gibi hususlarda niyetle beraber bulunan kinaye sarih lafız yerinde olur. Tariz ile, ister kavga hâlinde olsun ister onun dışında bir durumda olsun, kazf niyet edilmezse had îcap etmez. Zina tarizin kazfe de, başkasına da ihtimali vardır; şüphe bulunduğunda ise hadler düşer. (2) Şafiilere göre bir kimsenin "Ey fâcir (fuhuş işleyen), ey habîs (çirkin şeyler yapan), ey helâl oğlu helâl!" demesi kinaye kısmındandır. Bununla kazfi niyet ederse had icap eder, kazfi niyet etmezse had icap etmez. Bu söz ister kavga isterse başka bir hâlde söylenmiş olsun, kazfe de başka şeylere de yorulma ihtimali olduğundan darum değişmez.

Hanbelîlere göre: Kazfe tarizde (imada) bulunma hakkında İmam Ahmed'den farklı rivayetler gelmiştir. Bir rivayette had icap etmez. el-Hırakî'nin sözünün zâhiri ve Ebu Bekr'in tercihi de budur. Bir rivayete göre ise yukarıda zikrettiğimiz Hz. Ömer'in tatbikatına binaen had icap eder. (3)

Livata (oğlancılık) ile kazfte bulunmak:

Şafiîlere göre (4) bir şahıs diğerine: "Livata yaptın," veya "Senin isteğinle filân sana livata yaptı." dese bu bir kazftir. Çünkü onu had icap ettiren bir güllc kazfetmiştir, zina ile kazf etmeye benzemektedir. Şayet "Ey Lûtî!" dese ve o şahsın Lût (a.s.)ın kavminin dini üzere olduğunu kastetse had vurulmaz. Çünkü sözün o manaya ihtimali de vardır. Eğer muradı, onun Lut kavminin işini yaptığı ise had icap eder.

Livata ile kazf etmek, Hanefîler dışındaki cumhura göre haddi icap ettirir.

Topluluğu kazf etmek:

Hanefî ve Malikîlere göre bir şahıs bir topluluğu kazf etse, kendisine tek had vurulur. Meselâ: "Hepiniz zinacısınız." veya bir mecliste ya da ayrı ayrı olarak her birine: "Ey zinacı" veya "filân zinacıdır, filan zinacıdır." diye söylemesi durumu böyledir. Delilleri şudur: Hilâl b. Umeyye karısını Şerîk b. Sehmâ ile zina ettiği iddiasıyla kazf ettiğinde mesele Hazret-i Peygamber'e (a.s.) arz edildi. O da aralarını-

1- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 432; *Hâşiyetu'd-Desukî*, IV, 327; *el-Münteka ale'l-Muvatta'*, VII, 150; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 357.
2- *el-Mühezzeb*, II, 273.
3- *el-Muğnî*, VIII, 222.
4- *el-Mühezzeb*, II, 273.

da lian yaptı. (Her birinin sözünde sadık olduğuna, suçsuz bulunduğuna dair yemin etmesine liân denir). Şerik b. Sehmâ'yı kazf ettiğinden ötürü Hilâl'e had vurmadı. [1] Zira kazf, had icap ettiren bir suçtur. Kazf, tekrarlanacak olursa bir grup insandan çalma veya bir kaç kadınla zina etme durumlarında olduğu gibi tek had kâfi gelir.[2]

İmam Şâfiî ve Hanefîlerden İmam Züfer'e göre bir şahıs bir grup insana kazfte bulunacak olursa onlardan her birisi için kendisine bir had vurulur. Onlardan her birisi ayrıca veya tek bir sözle kazfte bulunmuş olması hükmü değiştirmez. Çünkü onlardan her birini kazf etmek suretiyle onlara utanç vermiştir. Her birini ayrıca kazf etmesi durumunda olduğu gibi her biri sebebiyle had cezası çekmesi lâzımdır.

Hanbelîlere göre ise bir cemaati tek sözle kazfedecek olursa hepsinin beraberce veya içlerinden birinin talebi durumunda tek had vurulur. Çünkü: "Namuslu kadınlara iftira atanlar..." (Nûr, 4) âyetinin mutlak ifadesi bir kişiyi veya bir topluluğu kazf etmek arasında fark gözetmemiştir. Bu bir kazf olduğuna göre sadece bir kazf icap eder. Eğer bir topluluğu ayrı kelimelerle kazfedecek olursa her biri için had vurulur. Zira had insanın hakkıdır, borçlarda ve kısasta olduğu gibi insanların haklarında tedahül olmaz, yani bazısı diğer bazısının yerine kifayet etmez. [3]

Kazfi tekrarlamak:

Şafiîlere göre [4] kâzif, kendisinden dolayı had cezası yediği aynı zina kazfini tekrarlayacak olsa yeniden had vurulmaz, ama eziyet verdiği için ta'zir olunur. Nitekim Hz. Ömer Muğîre'ye yaptığı kazfi tekrarlayan Ebu Bekre'ya böyle yapmıştır. Şayet kendisine had vurulmadan başka bir zina kazfinde bulunursa sahih olan görüşe göre tek bir had lâzım gelir. Çünkü bunlar aynı cinsten olan ve aynı şahsın hak ettiği iki haddir. Zina ettikten sonra tekrar zina etme durumunda olduğu gibi tedahül vaki olur, yani birinin cezası diğerleri için de kâfi gelir.

Malikîlere göre ise [5], bir şahıs diğer birini bir çok kereler kazfetse, onlar-

---

1- Ravilerinin *sika* olduğu bir senet ile Ebu Ya'lâ Enes b. Mâlik hadisi olarak tahric etmiştir. Hz. Enes şöyle diyor: *"İslâmda ilk lian olayı şöyle olmuştur: Şerîk b. Sehmâ'yı Hilâl b. Ümeyye, kendi karısı ile zina etmekle itham ve kazfetti. Hz. Resul-i Ekrem (a.s.) ona: "Yabeyyine (delil) getirirsin, ya da sırtına had vurulacak" dedi. O da: "Ey Allah'ın resûlü, Allah teâlâ muhakkak benim sadık olduğumu bilmektedir ve sana mutlaka benim sırtımı had cezasından kurtaracak ayet indirecektir" diye cevap verdi. Peşinden Cenâb-ı Allah liân ayetini inzal etti. Hz. Peygamber (a.s.) karı-koca arasında lian yaptırdı ve onların birbirinden ayrılmaları hükmünü verdi." Nasbu'r-Râye,* III, 306; *Sübülü's-Selâm,* IV, 16.

2- *el-Mebsût,* IX, 111; *el-Bedâyi',* VII, 42, 56; *Hâşiyetü'd-Desûkî,* IV, 327; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 356; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 433.

3- *el-Muğnî,* VIII, 233 vd.

4- *el-Mühezzeb,* II, 275.

5- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 357 vd

dan birinden dolayı kendisine kazf cezası vurulmadığı sürece ona ittifakla tek bir had icap eder. Eğer kazf yapıp had vurulduktan sonra tekrar kazf yapsa, ittifakla başka bir had daha vurulur.

Hanbelîler de bunu teyid ederek (1) şöyle diyorlar: Allah'ın hadleri bir cins suçtan dolayı bir araya gelse, meselâ bir kişi birçok kere zina etse, hırsızlık yapsa, içki içse, bu durumda tedahül vaki olur ve birden başka had vurulmaz. Şayet hadler ayrı cinslerden olsa ve aralarında öldürme haddi de bulunsa, sadece o, yani kısas yerine getirilir, eğer aralarında kısas cezası yoksa en hafif hadlerin vurulmasıyla işe başlanır, sırayla hepsi yerine getirilir.

3. Kazf Haddinin Vacip Oluşunun Şartları

Hanefîler kazf haddinin vacip oluşu için altı çeşit şart koşmuşlardır. Bunlardan bazısı kâzif (kazf yapan), bazısı makzûf (kendisine kazf yapılmış olan), bazısı hem kâzif hemde makzûf, bazısı makzûfunbih (kazf konusu), bazısı makzûfunfîh (kazfin yapıldığı yer), bazısı da kazfin kendisi ile ilgilidir.

1- Kâzifte aranan şartlar:

a) Akıl: Delinin sözüne itibar edilmez.

b) Bülûğa erme: Kazf yapan çocuk ise delinin hükmünde olduğu gibi ona da had vurulmaz. Ceza verilmemesine sebep şudur: Had bir ukûbet, cezalandırma olduğundan bu kazfin bir suç olmasını gerektirir. Halbuki çocuk ve delinin fiiline suç vasfı verilemez.

Kâzifin müslüman veya müslümanların hukukuna riayet etmeyi kabul etmiş mürted, zimmî, muahed (müste'men) gibi bir kâfir olması arasında fark yoktur. Şafiiler de Hanefîler gibi kâzifin serbest irade sahibi olmasını, ikrah (zorlama) altında kalmış olmamasını şart koşmuşlardır.

c) Kazfte isnad edilen şeyin dört şahitle ispat edememiş olması. Eğer kâzif şahitleri getirir de makzûf aleyhine zina isnadı ile kazfte bulunacak olursa kendisine kazf haddi vurulmaz. Zirâ âyet-i kerimede: *"Muhsan kadınlara isnadda bulunup da dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun."* (Nûr, 4) buyurulmuştur. (2) İmam Ebu Hanife şahitlerin topluca gelmesini şart koşmuştur. Çünkü bir şahit tek başına şahitlik yapsa kazfeden kişi durumuna düşeceğinden kendisine had vurulması icap eder ve şahit olmaktan çıkar. Böyle bir karmaşıklıktan kurtulmak ancak beraber gelmeleri şart koşularak mümkün olur. Cumhur bu şartı ileri sürmemiştir. Çünkü âyetin manası mutlaktır, hatta ayrı ayrı olmaları daha uygundur. Ayrı olunca töhmetten ve kendi aralarında anlaşmış olmak gibi bir şüpheden de uzak olmuş bulunurlar. Hanefîler, bu dört şahitten birinin koca olmasını caiz görmüşlerdir. Cum-

1- *Gâyetu'l-Münteha,* III, 315.
2- *el-Bedâyi',* VII, 40.

hura göre ise koca lian yapar (yemin eder), diğer üç şahide had vurulur. Zira zina isnadı ile şahitlik yapmak kazftir.

2- Makzûfta aranan şartlar:

İttifakla makzûfta iki şart aranır [1]:

a) Makzûfun (kendisine zina isnadı yapılan şahsın) erkek veya kadın olsun muhsan olması şarttır. Kazf hususunda muhsan olma şartları da beştir: Akıl, bülûğa erme, hürriyet, İslâm ve zinadan korunmuş olmak. Buna göre çocuğa, deliye, köleye, kâfire, zinadan korunmamış iffetsiz bir kişiyi kazf etmek haddi icap ettirmez.

Akıl ve bülüğ şartı, çocuk ve delinin zina etmesi tasavvur edilemeyeceğinden ötürüdür. Bunlara zina isnadında bulunmak sırf bir yalan olmakta, dolayısıyla haddi değil tazir cezasını icap ettirmektedir.

Hür olma şartı Allah teâlâ tarafından kazf âyetinde ihsan şart koşulduğu içindir: *"Muhsan kadınlara zina isnad edenler..."* âyetindeki muhsan kadınlardan murat, hür kadınlardır, zinadan korunan iffetli kadınlar değildir. Eğer murad iffetli kadınlar olsaydı, bu kelime ayetin ilerisinde gelen diğer sıfatların yanında bir tekrar durumunda kalırdı.

İslâm ve zina yapmaktan korunmuş iffetli olma şartının delili aynı âyette geçen *"muhsan, gâfil* (hiç birşeyden haberi olmayan) mümin kadınlar" ifadeleridir. Ayetteki "gâfil" kelimesi zinadan uzak, iffet sahibi olan kadınlar demektir.

Zinadan uzak bulunup iffetli olmadan maksat, makzûfun ömründe bir kere bile olsun haram bir şekilde cinsî ilişkide bulunmamış olması hâlidir. Mülkiyet dışında, nikâh haricinde, selef-i salihin devrinde fâsit olduğunda icma edilmiş bir nikâh dışında, meselâ asıl karısından başka bir kadınla zifafa sokulup onunla cimada bulunması durumunda olduğu gibi bir kadınla şüphe ile yapılan bir cinsî ilişki sonucu kişinin iffet hâli düşer.

Yukarıda geçen muhtelif görüşlere göre makzûfun ihsan sahibi olmaması ve kazfi tarîz ve ima eden durumlarda olduğu gibi kendisine had icap etmeyen kişi tazir cezasına çarptırılır. Çünkü eziyet verilmesi caiz olmayan bir şahsa eziyet etmiş bulunmaktadır.

b) Makzûf bilinen bir kişi olmalıdır. Meçhul bir kişi ise had icap etmez. Açıklaması yukarda geçtiği üzere bir topluluğu kazf etmek veya bir topluluğa: "Aranızda sadece bir tek zinacı var" veya iki topluluğa: "aranızda sadece bir tek zinacı var." veya iki adama: "Biriniz zinacıdır." demek durumları böyledir. Bu üç şekilde de

1- *el-Bedâyi'*, a.y.; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 191; *el-Mebsût*, IX- 116; *Tebyînu'l-Hakâik*, (ez-Zeylaî) III 200; *Haşiyetu İbni Abidîn*, III, 184; *el-Mühezzeb*, II, 272, 276; *ed-Derdîr ma'a'd-Desûkî*, IV, 32: vd; *el-Muğnî*, VIII, 215, 227 vd.

makzûf meçhul bulunduğu için had icap etmez.

Şafiîler nazarında mezhep görüşüne göre [1] baba oğlunu, dede torununu kazfedecek olsa had icap etmez. Çünkü had, insan hakkından dolayı icap eden bir cezadır. Kısasta olduğu gibi çocuk için baba üzerine bir ceza gerekmez. Bir şahıs karısını kazfetse de kadın ölüp o adamın kadından bir çocuğu bulunsa had düşer. Çünkü hak talebi çocuğa ait bir haktır, çocuğun da baba üzerinde böyle bir hakkı sâbit değildir. Şayet kadının o şahıstan başka bir adamdan olma bir oğlu bulunsa, hakkı sabit olduğu için onun namına had vurulması icap eder.

3- Kâzif ve makzûfta beraberce aranan şartlar:

Kâzifin makzûfun babası, annesi, ne kadar yukarıya doğru da çıksa dedesi, ninesi olmaması ittifakla şart olarak ileri sürülmüştür. Durum böyle olursa had gerekmez. Zira adı geçen bu ana ve atalara iyilikte bulunmayı emreden emirler vardır. Bunlara had uygulanması halinde şer'an bir görev olan hürmet ve takdir terkedilmiş olacaktır. [2]

4- Makzûfunbih (kazf konusu) ile ilgili şart:

Kazfin, açık bir zina isnadı lafzı yahut açık lafız yerine geçecek bir yolla yapılmış olması şarttır. Bu husustaki ayrıntılar, kazfin şer'i yönden açıklanması sırasında geçmişti.

5- Kazfin yapıldığı yerde aranan şartlar:

Kazfin daru'l-adl (adaletin uygulanabileceği bir yer ve ülke)de meydana gelmesi de şarttır. Eğer dârü'l-harp veya dârü'l-bağy (islâm devletine isyan edenlerin eline geçmiş yer)de olursa had, icap etmez. Çünkü haddi uygulayacak olan müslümanların imâmı (devlet başkanı) dır. Cumhura göre imamın darü'l-harp veya darü'l-büğy üzerinde hakimiyeti yoktur. [3] Şafiîlere göre ise bâğî (isyancı) had vurulmayı hak eder. [4]

6- Kazfin kendisinde aranan şart:

Kazfin mutlak olması, yani şart veya bir zamana bağlı olmaktan uzak bulunması şarttır. Eğer bir şart ile ilgili veya bir vakte bağlı olursa had icap etmez. Çünkü şart veya vaktin söylenmesi, kazfin hemen meydana gelmesine mani olur. Şart veya vaktin mevcut olması hâlinde kişi sanki kazfi gerçekleştirmekte, kazf gerçekte bulunmadığı hâlde takdiri olarak kâzif durumuna düşmektedir. Bir adam diğer birine: "Şu eve girersen zinacısın" dese, o da girse diyene had icap etmez. Aynı şekilde bir

1- *el-Mühezzeb*, II, 272.

2- *el-Bedâyi'*, VII, 42; *el-Mühezzeb*, II, 272; *ed-Derdîr maa'd-Desukî*, IV, 327; *el-Muğnî*, VI 219.

3- *el-Bedâyi'*, VII, 45.

4- *el-Bedâyi'*, a.y.

şahıs diğerine: "Sen yarın zinacısın" veya "Sen falan ay başı zinacısın." dese de yarınki gün ve belirtilen ay gelse, ona had gerekmez.

Netice olarak, el-Kurtubî şöyle diyor: Âlimlere göre kazfın dokuz şartı vardır. Kâzifte aranan akıl ve bülûğa erme şartı ki, zaten bunlar mükellef (sorumlu) olma şartı olup bunlar olmadığında sorumluluk düşmektedir. Makzûfunbih'te aranan iki şart ise kazfın had icap ettiren zina ve livata gibi bir cinsî ilişki isnadı ile yapılmış olması ile diğer günahlardan değil nesebi babadan nefyetmek şeklinde yapılması şartlarıdır. Makzûfta da beş şart aranır: Akıl, bülûğa erme, İslâm, hür olma, başkasından uzak olsun veya olmasın isnad edilen fuhuştan uzak ve iffetini korumuş olmak.

4. Kazf Haddinin Sıfatı

Kazf haddinin niteliği, onun Allah teâlâ'ya mı yoksa kullara mı ait bir hak olduğu hususunda fakihlerin görüşleri farklıdır. (1)

Hanefîlere göre kazf haddinde hem kula, hem de Allah teâlâ'ya ait olmak üzere iki hak vardır, ancak Allah teâlâ'nın hakkı tarafı ağır basar. Çünkü kazf, ırzlara zararı dokunan bir suçtur. Kazf yapana had vurulmasıyla genel bir menfaat gerçekleşmektedir; insanların maslahatları, ırzları korunmuş, fesat defedilmiş olmaktadır. (2)

Şafiîlere ve Hanbelîlere göre kazf haddi, kazfe uğramış kişi için halis bir haktır. Çünkü kazf, kendisine ait bir hak olan ırzına karşı işlenmiş bir suçtur. Bedel yani ceza da kısas gibi onun hakkıdır. (3)

Bu görüş farklılığından şu sonuçlar çıkar: Hanefîlere ait olan birinci görüşe göre makzûfun haddi düşürmesi, ibra ve affetmesi, sulh yapması, onun yerine bedel alması, yani durum hâkime intikal ettikten sonra haktan vaz geçmesi sahih olmaz. Ancak iş hakime varmadan önce olursa affetmek ile had düşer. Kazf haddine varis olunmaz, makzûfun ölümü ile düşer. Zira mirasçılık, Resûl-i Ekrem (a.s.) in: *"Kim geriye bir mal veya hak bırakırsa onlar mirasçılarına aittir."* (4) hadisine binaen

1- Kul hakkından murat, borçlar ve bedellerde olduğu gibi kul tarafından bağışlandığında düşen haklardır. Allah tealâ'nın hakkı ise kul tarafından düşürülmesi caiz olmayan haklardır. *el-Fürûk*, I, 141.

2- *Fethu'l-Kadîr*, Iv, 194; *el-Bedâyi'*, VII, 57; *Hâşiyetü İbni Âbidin*, IV, 189; *el-Mebsût*, IX, 113.

3- *el-Mühezzeb*, II, 274 vd.; *el-Mîzân*, II, 160 vd. *el-Muğnî*, VIII, 217, 219, 230, 233, 236.

4- Buharî ve Müslim'in Ebu Hureyre'den rivayet ettiğine göre Nebiy-yi Ekrem (a.s.) bir hutbesinde şöyle buyurmuştur: *"Kim geriye bir mal veya hak bırakırsa o mirasçılarına aittir. Kim bir ehlü iyal veya borç bırakırsa iyaline bakmak ve borcu bana aittir. (Beytül malden masrafları karşılanır.)"* Hadisin başka bir lafzı şöyledir: *"Kim bir mal bırakırsa o mirasçılarına aittir. Kim de geriye bakacak iyal, çoluk-çocuk bırakırsa onlar bize aittir.* Selman (r.a.)'dan Ebu Hureyre (r.a.)'nin hadisine benzer olarak Taberanî tarafından nakledilen rivayette şu ziyade vardır: *"ve benden sonra gelecek idareciler müslümanların beytül-malinden bunları karşılarlar."* Bu senette *metrûk* bir ravi olan Abdullah b. Saîd el-Ensârî bulunmaktadır. İbni Hibban da hadisi *"Sikât"*inde Ebu Ümame'den

miras bırakan (ölü) kişinin mal, hak gibi terekesinde söz konusudur. Hanefîlere göre kazf haddi, miras bırakanın değil, ağırlıklı olarak Allah teâlâ'nın hakkıdır. O yüzden mirasçılar ona varis olamazlar. Topluluğu kazf etme durumunda olduğu gibi kazf haddinde tedahül olabilir. Yukarıda da açıklandığı üzere kazfin tekrar yapılması hâlinde tek bir had icap eder.

Makzûf olan şahıs, hakimden kâzife yemin ettirmesi talebinde bulunsa zina haddinde olduğu gibi hakim yemin ettiremez. Zina, içki içme, sarhoşluk ve hırsızlık hadleri de kazf haddi gibidir.

Şafiîler ile Hanbelîlere ait olan ikinci görüşe göre, iş hâkime intikal ettikten sonra bile olsa makzûfun haddi düşürmesi, ondan ibra etmesi, affetmesi, sulh yapması, onun yerine bedel kabul etmesi sahih olur, kazf haddini talep hakkı mirasçılara kalabilir. Çünkü bu had kulların haklarındandır. Aşağıda gelecek olan Safvân hadisi Allah teâlâ'ya ait bir hak olan hırsızlık haddi ile ilgilidir. Bu grubun delili İbnü's-Sünnî'nin rivayet ettiği şu hadistir: *"Hz. Peygamber (a.s.) buyurdu ki: "Sizden biri Ebu Damzam gibi olmaktan âciz midir?.. O, ırzımı (kendimi) tasadduk ettim, bağışladım, derdi."* Irzı tasadduk ise onun namına icap eden bir şeyi affetmek ile olabilir.

Tedâhül durumuna gelince: "Onlara göre kazf haddinde tedahül olamaz. Hatta bir şahıs, bir topluluğun her ferdine ayrı ayrı olarak kazfte bulunsa, her biri için tek tek had cezasına çarptırılır. Nitekim bunların açıklaması yukarıda geçmişti.

Bir şahıs bir adamın kendisine kazfte bulunduğu yolunda bir iddia ileri sürse davalıya yemin ettirilir. Çünkü bu borç gibi insana ait bir haktır.

Malikî mezhebi İmam Malik'ten gelen rivayet farklı olduğu için farklılık gösterir. Bir görüş İmam Şafiî'nin görüşü gibidir, yani kazf haddi insana ait bir haktır, affetmek caizdir. İbni Rüşd nazarında azhar olan görüş budur. Diğer bir görüşe göre kazf haddinde Allah teâlâ'ya ve kula ait olmak üzere iki hak vardır. Ancak işin hakime intikal etmesi hâlinde müslümanların imamının hakkı ağır basar. Mesele imama vardıktan sonra-makzûfun kendi hâlini gizlemek istemesi müstesna- artık makzûfun haddi affetme yetkisi kalmaz. Bu noktada hırsızlık ile ilgili olarak gelmiş rivayete [1] kıyas edilerek had işi kendisine intikal etmiş bulunan imamın hakkı ağır basar. Resul-i Ekrem (a.s.) Safvan'ın ridasını çalan hırsız olayında: *"Onu bana getirmeden önce affetseydin ya!.."* buyurmuş, Safvân'ın: *"Ben elinin kesilmesini iste-*

nakletmiştir. Ebu Dâvud, Neseî ve İbni Mace'nin el-Mikdâm b. Mâdîkerb'den rivayetlerine göre Resulullah (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Kim iyâl bırakırsa onlar bana aittir. Kim de mal bırakırsa o mirasçılarına aittir. Ben mirasçısı bulunmayanın mirasçısıyım, onun diyetini öderim, ona mirasçı olurum. Dayı da mirasçısı olmayanın mirasçısıdır, onun diyetini öder, mirasına konar."* *Nasbu'r-Râye*, IV, 58; *et-Telhîsûl-Habîr*, 251; *Neylu'l-Evtâr*, V, 238.

1- *Bidâyetu'l-Müctehid*, II, 433 vd.; *el-Münteka ale-l-Muratta*, VII, 148; *Hâşiyetu'd-Desûkî*, IV, 331 *el-Fürûk* (el-Karâfî), I, 141 IV, 175; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 358; *Tehzîbûl-Furûk*, I, 157.

memiştim, rida ona sadaka olsun." sözü ile amel etmemiştir." (1)

İmam Malik'in meşhur olan görüşü de budur. Ona göre makzûfun, iş imama veya onun vekiline intikal etmeden önce yahut bu iş ortaya çıktığında itham edildiği hususa dair aleyhine delil bulunmasından korktuğu için kendi hâlini gizlemek istemesi durumunda intikal ettikten sonra da olsa kazf yapan kişiyi affetmesi caizdir.

5. Kazfın İspat Edilmesi

Had gerektiren bütün suçlar, belirli şartlar tam olarak bulunduğu takdirde hakimin huzurunda beyyine (şahitler) veya suçlunun ikrarı ile sabit olur. Bu şartların bazısı bizzat isbat yolu, yani delil veya ikrar ile, diğer bir kısmı da mezkur yollarla haddi ispat etme hususunda davaya bakmanın kendine bağlı olduğu husumet, yani dava açma (2) şartıdır.

Husumet:

Husumet, davayı hakime götürmek demektir. Zina ve şürb (içki) hadlerinde husumet bir şart değildir. Fakat sirkat (hırsızlık) haddinin sabit olmasında, ilerde açıklanacağı üzere, şart olduğu gibi şahitler ve ikrar yoluyla kazf haddinin sabit olması için de şarttır. Şafiîlerde bunun dayanağı şudur: Kazf haddi kulun halis bir hakkıdır, bunda ise diğer kul haklarında olduğu gibi dava açılması şarttır. Bu hak, İbnu's-Sünnî'nin şu rivayetinin de gösterdiği gibi kulun affetmesi durumunda düşer: *"Hz. peygamber (a.s.) buyurdu ki: "Sizden biri Ebu Damdan gibi olmaktan aciz midir? O: "Atalarıma dil uzatıp bana eza edenlere hakkımı tasadduk ettim, (bağışladım)." derdi."* Böyle bir tasadduk ise ancak kendisine ait bir haktan vazgeçme suretiyle olur.

Hanefîlere göre ise, kazf haddinde her ne kadar Allah tealâ'nın hakkı galip ise de şahsın da hakkı vardır. Çünkü kişi, ırz ve namusunun muhafazası sebebiyle istifade etmektedir. O halde namusu uğrunda bu kişi tarafından dava açılması şarttır. Çünkü bir şahsın özel hakkı, ancak onun talebi ve dava etmesiyle sabit olur. (3) Şimdi husumet meselesini, hükmü ve husumette kimin sahip olduğu yönlerinden ele alalım:

1- *Muvatta,* İmam ahmed'in *el-Müsned*'i, ve dört *Sünen*'de Safvân b. Ümeyye'den tahric edilmiş, İbnu'l-Cârûd ve el-Hâkim *sahih* olduğunu belirtmişlerdir. *Muvatta*'daki rivayet şöyledir: *"Safvan b Umeyye'ye hicret etmezse helâk olacağı söylenince o da Medine'ye gelmişti. Mescitte uyurken ridasını başının altına koymuştu. Bir hırsız gelip ridasını çalmış, ardından Safvân hırsızı yakalayarak Resul-i Ekrem (a.s.)'e getirmişti. Resulullah (a.s.) hırsızın elinin kesilmesini emredince Safvân: "Ey Allah'ın Resulü, ben bunu (elinin kesilmesini) istememiştim, ridam ona sadaka olsun," dedi. Bunun üzerine Resulullah (a.s.): "Onu bana getirmeden böyle yapaydın ya," buyurdu". Tenvîru'l-Havâlik Şerhu Muvatta-i Mâlik,* III, 49; *Câmiu'l-Usûl,* IV, 342; *Mecmau'z-Zevâid,* VI, 276; *Nasbu'r-Râye,* III, 368; *Sübülü's-Selâm,* IV, 26.

2- *el-Bedâyi',* a.y.; *el-Mühezzeb,* II, 274.

3- *el-Bedâyi',* a.y.; *el-Mühezzeb,* II, 274.

Husumet veya davanın hükmü:

Mukzuf (iftiraya uğramış) olan kişinin husumeti (yani dava açmayı) terketmesi daha faziletlidir. Çünkü husumette, o kötü iftiranın etrafa yayılma durumu bulunmaktadır, bu gibi şeylerin yayılmaması şer'an menduptur. Husumetten vazgeçmek şu ayet-i kerimede de teşvik edildiği gibi daha faziletli bir harekettir: *"Sizin bağışlamanız takvaya daha yakındır. Aranızda birbirinize iyilik etmeyi unutmayınız."* (Bakara, 237) Hakimin kendisine davayı götürmüş olan davacıyı bundan vazgeçmeye teşvik etmesi güzel olur. (1)

Dava açmaya hakkı olan ve olmayanlar:

Makzuf (kendisine zina isnat edilen kişi) kazf sırasında ya hayatta bulunur yahut ölmüş olur. Eğer hayatta ise ondan başka birinin husumete dava açmaya hakkı yoktur. İsterse onun çocukları veya babası olsun, isterse kendisi orada hazır bulunsun veya bulunmasın, durum değişmez. Çünkü kendisinin kazf sırasında hayatta olması durumunda, ar ve leke şeklen ve manen ona bulaştığı için makzuf bizzat o olmaktadır, dava açma hakkı da ona ait bulunmaktadır.

İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed'e göre böyle bir husumette naip göndermek yani beyyine (delil) yoluyla ispat için vekil tutmak caiz olur, Ebu Yusuf'a göre caiz olmaz. Çünkü ona göre had veya kısaslarda vekâlet sahih değildir. Delili şudur: Kazf haddini istîfâ (tam olarak hakkını ele geçirmek) hususunda vekâlet vermek caiz olmadığı gibi, kazfı ispat hususunda da caiz olmaz. Çünkü ispat, hakkın istîfâsına (alınmasına) götüren bir vesiledir.

Öncekilerin delili ise şöyledir: İspat ile istîfâ arasında fark vardır. İstîfâ hususunda vekâlet vermenin mümkün olmaması şüphe sebebiyledir, ispat yoluyla vekâlet vermede böyle bir şüphe bulunmaz. (2)

Makzufun ölmüş olması durumunda husumet hakkı babaya (dede ve yukarısı dahil) ve çocuğuna (torun ve aşağısı dahil) ait olur. Çünkü bu iftiranın lekesi asl'a da füruya (evlatlara) da bulaşmaktadır. Evlatlar babanın, babalar evlatların bir parçası oldukları için aralarında daimî bir alâka vardır. Bir insana yapılan kazf, onun cüz ve parçalarına da yapılmış olur, onlara da manevî olarak namus lekesi bulaşır. Ölünün kendisi artık leke bulaşacak mahal olmaktan çıktığı için kazf manası ona raci (dönücü) olmaz. (3) Makzuf yaşadıktan bir süre sonra ölmüş ise, bu kişilerden hiç biri dava açma (husumet) hakkına sahip olamaz. Çünkü bildiğimiz gibi bu miras olunamayan bir haddir.

Kardeşler, kızkardeşler, amcalar, halalar, dayılar ve teyzeler de asla husumet hakkına sahip değillerdir. Her ne kadar bir yakınlarına zina isnat edilmesi kendileri-

1- *el-Bedâyi',* a.y.
2- *el-Bedâyi',* VI, 21; *Fethu'l-Kadir,* Iv, 197, *el-Mebsût,* IX, 113.
3- *el-Bedâyi',* VII, 55; *Hâşiyetu İbni Abidîn,* IV, 187; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 195.

ni üzse de bunlara şeklen veya manevî olarak kazf lekesi bulaşmaz. Zira makzuf ile aralarında asıl veya füruluk itibarıyla bir nispet (alâka) bulunmamaktadır.

Kızların çocukları konusunda ise hüküm farklıdır: İmam Muhammed'e göre bunlar dava açma (husumet) hakkına sahip değillerdir. Çünkü kızın çocuğu kendi babasına nispet edilir, dedesine değil. Mana itibarıyla dedesine yapılan kazf sebebiyle o çocuk makzuf olmaz.

İmam Ebu Hanife ve İmam Ebu Yusuf'a göre bunlar da husumet hakkına sahiptirler. Çünkü makzuf ile kızının çocukları arasında anneleri aracılığı ile hakikî nispet sabit bulunmaktadır, dolayısıyla onlar da mânevî olarak kazfedilmiş sayılırlar. (1)

Görülüyor ki husumet hakkı, makzufun bütün akrabaları için aynı derecede sabittir, akrabalık derecesi göz önüne alınmaz. Bu hak husumunda yakın ve uzak akraba eşittir. Bu hak onlara ölüden miras yoluyla intikal etmiş değildir, işin başından sabit olmuş bir haktır.

İmam Züfer'e göre akrabalık derecesi göz önüne alınır. Çünkü yakın akrabanın duyacağı utanç, uzak akrabanınkinden daha fazladır. (2)

Şafiî ve Hanbelîlere (3) göre kazf hakkı varisler için de sabit olur. Varisler iki kişi olup birisi affederse, haddin kendisi için meşru kılındığı rad' (caydırıcılık) hususunun gerçekleşmesi için haddin hepsi diğer varis için sabit bir hak olur. Eğer ortada varis yoksa bu hak müslümanlara ait olur, onlar namına sultan (devlet yetkilisi) tarafından tahsil edilir.

Haddi tahsil etme hususunda vekâlet verme:

Haddi ispat hususunda vakâlet verme ile ilgili Hanefîler arasındaki farklı görüşleri söyledik. Peki, haddi tahsil etme (istîfâ) hususunda vekâlet verme sahih midir?

Hanefîlere göre ittifakla, had ve kısasların tahsili hususunda vekâlet sahih olmaz, istîfâ (tahsil) sırasında makzufun kendisinin, bulunması lâzımdır. Çünkü müvekkilin gıyabında yapılan istîfâ (hakkı talsil), şüpheyle yapılan bir istîfâdır. Zira makzuf hazır bulunsa belki kazf yapanı tasdikler; (bu durumda da kazf yapan kişi kurtulur.) Şüphe bulunması durumunda hadler istîfâ olunmaz. (4)

Makzuf hazır olunca İslâm devleti yetkilisi veya onun vekili kazf haddini icra eder. Çünkü bu iş belirli bir bilgi ve beceri ister. Kısas hakkı ise hakimin gözetiminde bizzat velî, onun aciz olması, kalbinin dayanamaması gibi durumlarda vekili ta-

1- *el-Bedâyi'*, a.y.; *el-Mebsût*, IX, 112.
2- *el-Bedâyi'*, a.y.
3- *Tekmiletü'l-Mecmû'*, XVIII, 201; *el-Mühezzeb* II, 275.
4- *el-Bedâyi'*, VII, 55.

rafından istîfâ (tahsil) olunur.

Makzuf, kazf yapan kişiye had vurulması talebiyle kadıya (hakime) baş vurur ve dava açar, kadı da had vurulması yolunda hüküm verirse, ardından yahut talep etmeden veya haddin bir kısmı vurulduktan sonra makzuf ölürse, had, bir değnek bile vurulmuş olsa geri kalan kısım iptal olunur. Hiç kimse de davayı takip ettirme veya haddi uygulatma hakkına sahip olmaz ve Hanefîlere göre o zaman kazf yapan kişinin şahitliği de iptal edilmez. Çünkü yukarda gördüğümüz gibi kazf haddinde Allah teâlâ'nın hakkı olması yönü daha ağır basar. (1)

Şafiî ve Hanbelîlere göre haddin ispat ve istîfâsı (tahsil edilmesi) hususunda varis, makzuf olan kişinin yerini tutar. Çünkü onlara göre kazf haddi insana ait halis bir haktır. O yüzden kazften doğan husumet hakkı, davanın takip edilmesi, haddin uygulanması, tamamlanması gibi haklara varis olan kimse sahip olur. (2)

Kazfi ispat için kullanılan beyyine (delil)'nin şartları:

Kazfi ispat için makzufun getireceği beyyinede yukarıda geçen ve hadleri içine alan şartlardan başka bir şey şart koşulmaz. Onlar da erkek olma ve asıl şahit olma şartlarıdır. Kadınların şahitliği, başkasının şahitliğine dayanarak yapılan şahitlik, hakimin mektubu kabul edilmez. (3)

Kazf haddinde tekadüm (zaman aşımı) bulunmama şartı aranmaz. Şahitler, uzun bir süre şahitlik yapmayı geciktirip ondan sonra kazfe dair şehadette bulunsalar şahitlikleri kabul edilir. Yukarda gördüğümüz üzre diğer hadler de bunun aksinedir. Kazf ile diğerlerinin arasında yapılan ayırımın sebebi şudur: Kazf hususundaki gecikme bir kin veya töhmeti göstermez. Zira kazfte önce dava açılmış olması şartı vardır. Şahitliği yerine getirmedeki gecikme, davacının dava açmadaki gecikmesinden kaynaklanması da muhtemeldir. (4)

Kazfi ikrar etmedeki şartlar:

Kazfi ikrar etme durumunda da sadece bütün hadlerdeki ikrarlar ile ilgili olan genel şartlar aranır. Onlar da bülûğ çağına varmış olma ve nutk (konuşabilme) şartlarıdır. Hadlerde çocuğun, yazı veya işaretle olsun dilsizin ikrarları, zina haddinde açıkladığımız gibi sahih olmaz.

Kazfi ikrar etme hususunda ittifakla teaddüt (bir kereden fazla olma) ve tekadüm bulunmaması şartı yoktur. (5)

Hakimin bildiklerine dayanarak kazfi ispat etmek:

Hanefîlere göre hakimin, hakimlik döneminde ve mekânında bildiği şeyler ile

1- *el-Bedâyi'*, a.y. *Fethu'l-Kadîr*, IV, 197; *el-mebsût*, IX, 114.
2- *el-Mühezzeb*, II, 275.
3- *el-Mebsût*, IX, 111.
4- *el-Bedâyi'*, VII, 46.
5- *el-Bedâyi'*, VII, 49-50.

kazf haddi ittifakla sabit olur. Hakimlik dönemi ve yeri dışında kazfhaddinin ispatı hususunda ihtilâf vardır. (1) Mütekaddim olanları, "Vakalarda kendi bilgisi dairesinde hüküm verebilir," derken müteahhirleri (sonra gelenleri): "Hakimlerde görülen fesat ve bozukluk sebebiyle ihtilâflı olaylarda mutlak olarak kendi bildikleriyle hüküm vermesi caiz olmaz" demektedirler.

Kazf yapana yemin ettirmek onun da yeminden kaçınması:

Hanefîlere göre davacının kazfe dair beyyinesi (delili) bulunmaz ve hakimden kazf yapana Allah teâlâ'nın adıyla kazfte bulunduğuna dair yemin ettirmesini istese bu kabul edilmez. Çünkü bu yemini talepten maksat, yemin etmeme durumunda yeminden kaçtığına (nükûl) dair hüküm verilmesini sağlamaktır. Nükûl (yemine yanaşmama) de ikrar yerine geçer. Had ise başkası yerine geçen bir şey sebebiyle uygulanamaz. (2)

İmam Şafiî, "yemin ettirilir" demektedir. Ona ve İmam Malik'e göre eğer nükûl eder, yemin etmeye yanaşmazsa, hadlerde yemin davacıya iade olunup ondan yemin etmesi istenmez.

İmam Ahmed ise şöyle demektedir: Yemin ettirilir ve davacıya yemin iade olunmaz. Hakim, yeminden nükûl etmesi durumunda davalı aleyhine ve davacının iddiası doğrultusunda onu ilzam edici (bağlayıcı) şekilde hüküm verir.

Hanefîlerle cumhur arasındaki görüş farkı şuradan kaynaklanmaktadır: Kazf haddi insana ait halis bir hak mıdır -ki diğer kul haklarında olduğu şekilde onda da yemine davet etme durumu olabilsin- yoksa onda iki hak da bulunmakta ve Allah teâlâ'nın hakkı daha ağır mı basmaktadır ki yemin verdirilemez olsun? Bunların açıklaması kazf haddinin sıfatı bahsinde geçmişti.

6. Kazfin İsbatında Hakimin Yetkileri

Kazf davası hakime götürüldüğü takdirde iki durum söz konusu olur: Ya kâzif (kazf yapan kişi) bunu inkâr eder, yahut da ikrar ve kabul eder. Kâzif (kazf yapan kişi) böyle bir isnatta bulunduğu iddiasını inkâr eder de maksuf (kazfe uğrayan, davacı) hakimden beyyine (delil) getirmek için mahkemeyi ertelemesi talebinde bulunur ve kazf ile ilgili delilin şehirde bulunduğunu iddia ederse, hakim o meclisten kalkana dek süre tanır ve hakkında kazf iddiası bulunan davalıyı o süre sırasında orada hapseder (tutar). (3) Şayet makzuf, hakim o meclisten kalkmadan beyyineyi hazır ederse maksat hasıl olmuştur; edemezse kâzifi serbest bırakır.

1- *el-Bedâyi'*, VII, 54; *el-Mebsût*, IX, 108.

2- *el-Mebsût*, (es-Serahsî), IX,, 105; *el-Bedâyi'*, VII, 52.

3- Hapisten maksat mülâzemet etmek, peşinden ayrılmamak, demektir. Yani davacıya: "Şu vakte kadar ona mülâzemet et, ondan ayrılma," denir. Çünkü esas hapis bir cezadır. Sadece dava açılmakla kimseye ceza verilmez. *el-Mebsût*, IX, 106.

İmam Ebu Hanife'ye göre hakimin meclisin sonuna kadarki bekleme sırasında davalıdan kefil istemesi caiz değildir. Çünkü kefâletten maksat, haddin uygulanması hususunda kefili kendisine kefil olunan şahıs yerine geçirmektir. Hadlerde ve kısaslarda ise bu gerçekleşemez. Zira kefalet istîsak (işi sağlama almak) için meşru kılınmıştır. Halbuki hadler, mümkün mertebe düşürülme ve kaldırılma esasına dayalıdır. Peygamber Efendimiz (a.s.): *"İmkân bulduğunuz kadar müslümanlardan hadleri izale edin, düşürün."* (1) buyurmuştur. İşte kefalet alarak işi takviye etmek bu esasa uygun düşmemektedir. Hapis ise böyle değildir. Çünkü bir töhmet sebebiyle hapis cezası verilmesi meşrudur.

İmameyn ve Şafiîlere göre ise hakim, davalı olan kâziften, üç gün içinde delili getirinceye kadar kendisini teslim edeceği hususunda kefil alır; onu hapsetmez. Çünkü davalıya zarar verilemez. Mallarda olduğu gibi kendisinden sadece kefâlet alınır. Ayrıca mademki hadlerde geçici olarak hapsetmek caiz olur. Çünkü hapsetmek suretiyle gözetilen tevsîk (işi sağlama alma) hususu kefalette daha kuvvetli bir şekilde bulunmaktadır. Hapis caiz olduğuna göre kefaletin caiz olması daha yerindedir. (2) Üç günlük süre ise yakın bir vakittir. Ayet-i kerimede böyle vasfedilmiştir: *"Hz. Salih (a.s.): "O deveye fenalık edip dokunmayın.. Sonuçta sizi yakın bir azap yakalar" dedi. Onlar, deveyi ayaklarını keserek öldürdüler. Bunun üzerine Hz. Salih dedi ki: "Memleketinizde üç gün daha yaşayın. İşte bu, apaçık bir tehdittir.* (Hûd, 64-65)

Eğer makzuf: "Beyyinem (delilim) yok," veya: *"Delilim kayıp,"* yahut: *"Şehir dışında."* derse hakim kâzifi serbest bırakır, töhmet bulunmadığı için ittifakla hapsetmez. (3)

Kazfin ispat edilmesinden sonra hakimin kâzife karşı tavrı:

Makzuf, kazfin doğru olduğuna dair beyyine getirir yahut yukarda da söylendiği gibi kâzif ikrar ederse, hakim kâzife: *"Sözünün doğruluğuna delil getir."* der.

Şayet kâzif, zinayı gözleriyle gördüklerine şahitlik edecek dört şahit getirebilirse veya müslümanların imamının huzurunda makzuf dört kere zinayı ikrar ederse, kâziften had düşer ve kâzifin sözünde doğru olduğu ortaya çıktığı için makzuf olan kişiye zina haddi uygulanır. (4)

Eğer kâzif beyyine getiremezse kendisine kazf haddi uygulanır. Zira ayet-i kerimede böyle emredilmiştir: *"Namuslu ve hür kadınlara (muhsanât) zina isna-*

1- Hz. Aişe (r.a.)'den tahric edildiği yukarıda geçti. İsnadı *zayıftır*. Daha sahihi, hadisin Hz. Ömer, Ali. İbni Mes'ûd, Ukbe b. amir ve Muâz'a *mevkuf* olduğudur.

2- *el-Mebsût*, IX, 106; *el-Bedâyi'*, VII, 53; *el-Mühezzeb*, II, 273.

3- Aynı eserler.

4- *el-Bedâyi'*, VII, 53.

diyle iftira eden, sonra buna dair dört şahit getirmeyen kimselerin her birine seksen değnek vurun." (Nûr, 4)

"Şahitlerim burada değil," veya "şehir dışında" gibi mazeretlerle hakimden erteleme talep ederse hakim mahkemeyi ertelemez.

Ancak, "Şahitlerim şehirdedir." diyerek erteleme isterse hakim meclisin sonuna kadar erteler ve makzuf da onun yanından ayrılmaz. Kâziften şahitlerini mahkemeye getirmesi istenir. Ebu Hanife'ye göre ondan kefil alınamaz. Çünkü ikinci meclisin sonuna kadar bu suretle işi ertelemede ortaya çıkmış bulunan bir haddin tahsil edilmesi (alınması) engellenmiş olmaktadır.

İmameyne göre kâzife iki veya üç gün mühlet verilir ve kendisinden kefil alınır. Çünkü şehirde beyyinesi (delili) olduğuna dair verdiği haberde doğru söylemiş olma ihtimali vardır. Belki o vakitte getirme imkânına sahip değildir de ikinci meclise kadar bir ertelemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Kefil alınarak da hakkın fevt (zayi) olmaması sağlanmış olur.

İmam Muhammed'den şöyle dediği rivayet olunmuştur: Kâzif, kendisinin şehirde bulunan bir beyyinesi olduğunu iddia eder ve şahitlere gönderecek bir kişi bulamazsa, hakim beraberinde onu takip edecek ve kaçmasını önleyecek bir güvenlik görevlisi (şurtî) [1] ile ona mühlet verir. Eğer yine de delil getiremezse kendisine had uygulanır. Şayet kâzife haddin bir kısmı vurulduktan sonra şahitler gelip onun doğru söylediğine şahitlik edecek olurlarsa beyyineleri kabul edilir, geri kalan had miktarı batıl olur. Ayrıca kâzifin şahitlik yapma hakkı iptal olunmaz. Makzufa ise zina haddi cezası tatbik edilir.

Kâzife haddin tamamı vurulup sonra şahitler gelerek onun sözünün doğru olduğuna şahitlik ederlerse şahitlikleri kabul edilir. Bu kabulün faydası kâzifin adaletli olma sıfatını ve şahitlik edebilme hakkını tekrar kazanması bakımından ortaya çıkmış olur. Anlaşılmıştır ki o gerçekten hak ederek kazf haddi cezasına çarptırılmamıştır. Çünkü makzufun muhsan olmadığı tahakkuk etmiştir. İhsanın şartlarından zinadan uzak, iffet sahibi olma sıfatını taşımadığı, aksine zina yaptığı şahitlerin tanıklığı ile ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla kâzif, şahitliği reddedilen bir kişi olmaktan kurtulmuştur. [2]

Kazfin ispat edilmesinden sonra lian (lânetleşme):

Şafiîlere göre [3] Bir kadın kocasının kendisine zina isnadı ile kazf ettiğini iddia edip kocası da bunu inkâr etse, iki kişi de kocanın kadına iftira ettiği yolunda şa-

---

1- Buradaki (şurât), idarecilerin yetiştirilip eğitilmiş olan yardımcıları demektir. Zamanımızdaki karşılığı zabıta ve emniyet yetkilileridir.

2- *el-Bedâyi'*, VII, 53 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik*, III, 199.

3- *el-Mühezzeb*, II, 276.

hitlikte bulunsa, bu kadın ve erkeğin lianı caizdir. Çünkü kazfı inkâr etmek kendisinden dolayı lian yapılan zina etme fiilini yalanlamak demek değildir. Çünkü erkek şöyle demiş olmaktadır: "Ben zina isnadında bulunmak manasına gelen kazfı inkâr ettim, kadın aleyhine yalan söylemedim. Ben onun zina ettiği şeklindeki iddiamda doğru söylemekteyim." Durum böyle olunca liânda bulunmaları caizdir.

SİRKAT (HIRSIZLIK) HADDİ

1. Sirkatin Tarifi, Hükmü, Sirkat Haddinin Sıfatı

Tarifi: Sirkat, başkasının malını gizli kapalı bir şekilde almaktır. Gizlice yapıldığında söylenen kulak hırsızlığı, kaçamak bakış da bu mana ile ilgilidir.

Gizliliğin vakti, eğer hırsızlık gündüz ise çalınan şeyin alınmasının başı ve sonu itibarıyla göz önüne alınır. Gündüz, yatsı vaktine kadar uzanır. Eğer hırsızlık gece ise gizlilik sadece almanın başlangıcı itibarıyla göz önünde bulundurulur. Hatta hırsız bir eve geceleyin gizlice girse sonra da malı açıktan (alenen) alsa, mal sahibiyle mücadeleden sonra bile olsa istihsan delili gereği eli kesilir. Çünkü malın alındığı vaktin son kısmı geceki gizlilik ölçüsünde göz önüne alınırsa gece yapılan çoğu hırsızlıklarda el kesme cezasını uygulama imkânı olmaz. Zaten vaktin sonuna kadar mal ele geçirilir ve imdadın yetişme imkânı kalmaz.

Gizlilik hususunda, hırsızın ev sahibinin kendisini bilmediği yolundaki iddiası mı yoksa ev sahibi bile olsa onlardan birinin iddiası mı muteber olur. Bu noktada Hanefîler arasında farklı görüşler vardır. Bu farklılık, hırsızın ev sahibinin kendisini -bilmediği halde- bildiğini zannetmesi durumunda ortaya çıkar. Ev sahibinin iddiasına göre gizlilik söz konusudur, hırsızın iddiasına göre değildir. İmam Zeylâî'ye göre bu hırsızın eli kesilmez. Çünkü hırsızlığın şartı hırsızın iddiasına göre gizlilik hali bulunmasıdır. *el-Hulâsa, el-Muhît* ve *ez-Zahîra* müelliflerine göre onlardan birisinin gizlilik bulunduğunu belirtmesiyle yetinilerek hırsızın eli kesilir. Her ikisinin, durumu bilmemesi halinde de hüküm aynıdır. Her ikisi de beraberce alma işini bilseler el kesme hükmü verilmez. [1]

Alimler alıp kaçma, kendisine emanet edilen mala hıyanet etme, yankesicilik,

---

1- *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Raddü'l-Muhtâr*, III, 212; *el-İnâye ve Fethu'l-Kadîr*, IV, 219; *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 212.

yağmacılık, gasp gibi şeylerden dolayı el kesme cezasının olmadığı görüşünde ittifak etmişlerdir. Hz. Peygamber (a.s.) Efendimiz şöyle buyurmuştur: *"Hıyanette bulunan veya ihtilâs yapanın eli kesilmez."* (1) *"Yağmacının eli kesilmez."* (2)

İhtilâs: Mal sahibinin gafil anını yakalayıp aniden malı kapıp hızlıca ve açıktan kaçmak demektir. Muhtelis kişi alıp kaçma maksadını güder.

Hain, zahiren emniyetli göründüğü halde içinde kötü niyet taşıyan kişiye denir. Hainden maksat, zahirde emniyetli ve malı korur gözüktüğü halde gizlice sahibinden mal kaçıran kişidir.

Müntehib (intihâb yapan, yağmalayan), baskın yapan kişiye denir. Kelimenin aslı olan nehbe, baskın yapmak, soymak manasına gelir. Burada ise galebe ve zorbalıkla almak kasdedilmektedir. (3)

Hanbelîlere göre değeri nisap miktarına ulaşan bir ariyeti (ödünç malı) aldığını inkâr edenin eli kesilir. Vediayı (emaneti) inkâr edenin eli kesilmez. Yani onlara göre vediaya hıyanet edenin eli kesilmez.

Cumhura göre ise ariyeti de, vedîayı da aldığını inkâr edenin eli kesilmez.

Eli kesilen hırsız ile muhtelis, müntehib, gâsıp gibi eli kesilmeyenler arasında fark şu şekildedir: (4)

Hırsızdan korunmak mümkün olmaz. Hırsız evlerin duvarını deler, muhafazalıyı açar, kilidi kırar. Mal ve eşya sahibinin hırsızın yaptığı fiillerin çoğundan korunması mümkün olmaz. Eğer el kesme cezası konmamış olsaydı insanlar birbirlerinin malını çalar, her yanı zarar kaplar, hırsızlar sebebiyle şiddetli bir belâ baş gösterirdi. Yağmacı ve çarpıp kaçanın verdiği zarar ise o kadar değildir.

İntihap yapan (yağmacı) kişi ise insanların gözü önünde açıktan malı alır. İnsanların ona engel olup mazlumun hakkını kurtarmaları veya hakimin huzurunda mal sahibi lehine şahitlik yapmaları mümkündür.

1- *Kavî* bir hadistir. İmam Ahmed, dört *Sünen* sahibi ve İbni Hibban tarafından rivayet edilmiştir. Tirmizî, *Sahih*tir, demiştir. aynı şekilde hadisi el-Hâkim ve Beyhakî Câbir b. Abdullah'dan: *"Hain, müntehib ve muhtelis olan kişilere el kesme cezası verilmez."* lafzıyla *tahric* etmiştir. Hadisin başka bir lafzı şöyledir: *"Muhtelis ve haine el kesme cezası yoktur."* Ebu Dâvud'un rivayeti ise: *"Müntehibe el kesme cezası yoktur. Kim büyük bir miktarda malı yağmalarsa bizden değildir."* şeklindedir. Taberanî, hadisi *el-Mucemu'l-Evsat*ında Enes b. Mâlik'ten: *"Müntehib kişiye de, muhtelis olana da, haine de el kesme cezası yoktur."* lafzıyla rivayet etmiştir. *Câmiu'l-Usûl,* IV, 321; *Nasbu'r-Râye,* III, 363; *et-Telhîsu'l-Hâbir,* 356; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 130; *Sübülü's-Selâm,* IV, 33.

2- Yukarıdaki hadiste söylediğimiz gibi bu Ebu Dâvud'un Hz. Cabir'den yaptığı rivayettir.

3- *el-Mebsût,* IX, 133; *el-Bedâyi',* VII, 65; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 233; *Hâşiyetü İbni Abidîn,* III, 208 *Hâşiyetü'd-Desukî,* IV, 355; *el-Mühezzeb,* II, 289; *el-Mîzân,* II, 172; *el-Muğnî,* VIII, 327 *Muğnî'l-Muhtâc,* IV, 171; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 360; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 336,

4- *A'lâmu'l-Muvakkıîn,* II, 61 vd.

Muhtelis (yankesici) ise malı, sahibinden veya başkasından gaflet ve dalgınlık halindeyken alan kimsedir. Bu şekilde muhtelisin çarpıp almasına imkân verecek bir kusur, ihmal bulunmaktadır. Yoksa tam korunan ve dikkat edilen bir malı yankesicinin alması mümkün değildir. O yüzden muhtelisin durumu hırsızınki gibi olamaz. Muhtelis daha çok haine benzemektedir. Yine muhtelis malı, emsalinin genellikle korunmadığı bir yerden alır. Muhtelis, insanın dalgın anını kollar, eşyasını bıraktığı veya korumasını biraz gevşettiğinde kapıp kaçar. Genelde ondan korunmak mümkündür, ihtilâs intihap gibidir.

Gâsıbın durumu ise açıktır. Yağmacıdan daha çok bunun elinin kesilmemesi uygundur. Böyle şahısların elleri kesilmezse dövme, bir yerini acıtma, uzun süreli hapis, malî ceza verme gibi yollarla kötülüklerinin önü alınır.

Hırsızlığın hükmü: Hırsızlık cezasının meşru oluşunun dayandığı delil: *"Hırsızlık yapan kadın ve erkeğin ellerini kesiniz."* (Mâide, 38) ayet-i kerimesi ile şu hadis-i şeriftir: *"Sizden öncekiler, aralarından şerefli ve itibarlı biri hırsızlık yaptığında onu bıraktıkları, zayıf birisi çaldığında ise elini kestikleri için helâk oldular."* (1) Hadisin bir rivayeti de şöyledir: *Ona had cezası uyguladılar."* Hırsızlık bir cinayet olarak sabit olduğu takdirde el kesmek vaciptir. El kesmek icap etmeyen durumlarda malî ceza gerekir.

El kesme ile malî tazminat cezası beraberce verilebilir mi?

Bu husus ihtilâflıdır. Alimler, hırsızın eli kesildiğinde malın eğer duruyorsa sahibine geri verileceğinde ittifak halindedirler. Çünkü mal onun mülkiyeti altındadır. Telef olması halinde malın tazmin edilmesi hususunda ise farklı görüş beyan etmişlerdir.

Hanefîlere göre: (2) Çalınan şey (mesruk) telef olmuşsa hırsız hakkında tazminat cezası (damân) ile el kesme cezası birleştirilmez. Malı çalınan eğer malî tazminat tarafını tercih ederse -dava hakime henüz intikal etmediyse- hırsızın eli kesilmez. Şayet elinin kesilmesini tercih ederse hakkını alır, ayrıca tazminat isteyemez. Çünkü bu şeriatı vaz' eden Allah teâlâ mali ceza hakkında bir şey buyurmamıştır. O halde el kesmenin yanı sıra başka bir şey icap etmez. Allah teâlâ: *"Hırsızlık yapan erkek ve kadının ellerini işlediklerinin bir cezası olarak kesiniz."* (Mâide, 38) buyururken el kesmeyi bütün ceza olarak zikretmiştir. Eğer tazminatı da gerekli kılarsak el kesme işi cezanın bir kısmı olur ki bu Kur'an-ı Kerim nassını neshetmek demektir. Hz. Peygamber (a.s.) de: *"Eli kesilen hırsıza ayrıca malî ceza gerekmez."* (3) bu-

1- Buharî, Müslim, Tirmizî, Ebu Dâvud ve Neseî Hz. Âişe'den, Taberanî de *el-Evsat*'ta ravileri *sika* olan bir senetle Ümmü Seleme'den rivayet etmişlerdir. *Camiu'l-Usûl,* IV, 314; *Mecmau'z-Zevâid,* VI, 259; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 131, 136.

2- *el-Bedâyi',* VII, 84; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 261; *el-Mebsût,* IX, 156; *Tebyînu'l-Hakâik,* III, 231; *Mecmau'd-Damânât,* 203.

3- Zeylâî: *"Sağ eli kesildikten sonra hırsıza ayrıca gurm (ödenmesi gerekli borç) yoktur"* hadisi hak-

yurmuştur.

Malikîlere göre: [1] Elinin kesilmesi sırasında hırsızın maddî durumu iyiyse, hem elinin kesilmesi, ceza ağırlaştırılarak hem de malî ceza icap eder. Eli darda ise çaldığının kıymeti talep olunmaz, sadece elinin kesilmesi lâzım gelir. Fakirlik ve ihtiyaç içinde bulunması sebebiyle ceza hafif tutularak mâlî ceza düşer.

Şafiî ve Hanbelîlere göre: El kesme ve malî tazminat cezaları birleştirilir. Hırsız, çalınan şey duruyorsa aynısını, telef olduysa bedelini sahibine geri verir. Çalınan şey (mesruk), hırsızın elinde telef olduysa bedelini tazmin eder. Mesruk mislî ise benzerini, kıyemî ise kıymetini geri verir. Kendisinin maddî durumunun iyi veya kötü olması, elinin kesilmesi veya kesilmemesi durumu değiştirmez. Elinin kesilmesi tazminatın icap etmesine mani olamaz. Çünkü her birinin vacip oluş sebebi değişiktir. Tazminat bir insanın hakkından dolayı, el kesme cezası ise Allah teâlâ'nın hakkı olarak icap etmekte olduğundan biri diğerini engellemez. Mesele, diyet, kefaret, Mekke haremi dahilinde bir kişinin malı olan bir avı öldürmekten dolayı gereken kıymet ve cezada olduğu gibidir. [2]

Görülüyor ki Hanefîler ile öbürleri arasındaki ihtilâfın kaynağı, Hanefîlere göre tazmin edilen şeye malik olunacağını gösteren şu kaidedir: "Tazmin edilen şeylere, tazmin sebebiyle malik olunur. Bunlara malik olma hususu tazminin icap ettiği vakte dayanır." (O zamandan itibaren başlamış sayılır). Hanefîlere göre el kesme ile maddi tazminat birleştirilmez. Hırsız tazminat ödediğinde mesruka malik olur. Bu mülkiyeti de malı aldığı zamana dayanır. Dolayısıyla o durumda kendi mülkü olan bir şey hakkında eli kesilmiş olur ki bu caiz değildir.

Şafiîler ve diğerlerine göre tazmin edilen şeylere tazminat ödemek sebebiyle malik olunmaz. Sebep birden fazla olduğu ve tazminat malı alma vaktine dayandırılamayacağı için el kesme ve maddî tazminat cezaları beraberce verilir. [3]

Hırsızlığın tekrarlanması durumu:

Alimler, ilk hırsızlığında hırsızın sağ elinin, ikinci kere hırsızlık yaptığında sol ayağının kesileceği hususunda ittifak etmişlerdir. Üçüncü hırsızlığında sol elinin, dördüncü defasında sağ ayağının kesilmesi hakkında ise ihtilâf etmişlerdir.

---

kında: "Bu lafız ile *garib*'dir", demiştir. Yukarda geçen lafız ile ve Neseî'nin *Sünen*'inde Abdurrahman b. Avf (r.a.)'tan mana yoluyla *tahric* ettiği şu hadis de buna benzer: *"Resulullah (a.s.) buyurdu ki: "Kendisine had cezası uygulandıktan sonra hırsıza gurm (malî tazmin) cezası verilmez."* Neseî: "Bu *mürsel*'dir, sabit değildir," demiştir. Beyhakî de bunu *tahrîc* etmiş, başka bir *illet*'in zikretmiştir. Darekutnî ise *Sünen*'inde: *"Sağ eli kesildikten sonra hırsıza ayrıca gurm (tazminat) yoktur."* lafzıyla *tahric* etmiştir. *Câmiu'l-Usûl,* IV, 327; *Nasbu'r-Râye,* III, 375; *Sübülü's-Selâm* IV, 24.

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 444; *Hâşiyetu'd-Desukî,* IV, 347; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 360.

2- *el-Mühezzeb,* II, 284; *el-Muğnî,* VIII, 270; *Ğâyetu'l-Müntehâ,* III, 344.

3- *Tahrîcu'l-Furû' ale'l-Usûl,* (ez-Zincânî), 107.

Hanefîlere ve Hanbelîlere göre sağ el ve sol ayaktan sonra asla başka bir organ kesilmez. Fakat çalınan şey ödettirilir ve hırsıza tazir cezası verilir, tevbe edesiye kadar hapsolunur. Rivayet olunduğuna göre Hz. Ali (r.a.) Efendimize bir hırsız getirilmiş, o da sağ elini kestirmiş ikinci defa hırsızlık yaptığında ayağını kestirmiş, üçüncü kere yine aynı suçu işleyip getirilince şöyle buyurmuştur: *"Artık kesemem. Diğer elini de kesersem ne ile yiyip ne ile silinecek? Öteki ayağını da kesersem ne ile yürüyecek?.. Ben Allah teâlâ'dan hayâ ederim.."* (1) Hırsıza bir tahta parçasıyla vurarak onu hapsettirmiştir. Aynı uygulama Hz. Ömer (r.a.) Efendimizden de nakledilmiştir. (2)

Malikîler ile Şafiîlere göre üçüncü kere çaldığında hırsızın sol eli, dördüncü defa çaldığında ise sağ ayağı kesilir ve tazir cezası verilir. (3) Çünkü bu hakkında ölüm cezası veya bu kefaret bulunmayan büyük bir günah olduğundan tazir uygulanır. Öbür el ve ayağın da kesileceği hakkındaki delil Ebu Hüreyre'den gelen şu rivayettir: *"Resulullah (a.s.) hırsız hakkında şöyle buyurdu: "Eğer çalarsa (sağ) elini, tekrar çalarsa (sol) ayağını, yine çalarsa (sol) elini, tekrar çalarsa (sağ) ayağını kesiniz.."* (4)

Bu hususta sahih bir hadis sabit olmadığına göre zamanımızda hakimin Hanefî ve Hanbelîlerin görüşüyle hüküm vermesinde bir beis yoktur.

El ve ayağın kesilmesindeki hikmet şudur: Hırsız, hırsızlık suçunu işlerken tutmak ve yürümek için el ve ayağını kullandığından kesme işi bu iki organla ilgili olmuştur.

Hırsızın menfaatini tamamen yok edip hareketinin zayıflamasına yol açmamak için aynı taraftaki değil çaprazlama olarak el ve ayak kesilir.

Hırsızlık ve diyet hususlarında elin farklı olarak göz önüne alınması:

Çeyrek dinardan dolayı elin kesilmesi ile koparılmak veya kesilmek suretiyle ele yapılan bir tecavüz sebebiyle diyet olarak beş yüz dinar takdir edilmesi (yani şeriatteki diyetin yarısı kadar) en büyük maslahat ve hikmetlerdendir. Zira şeriat her iki yerde mal ve uzuvlar, vücut organları için ihtiyatı göz önüne almış, dört dinar ve

1- İmam Muhammed b. el-Hasen *Kitâbu'l-Âsâr*'da Hz. Ali (r.a.)'den rivayet etmiştir. İmam Muhammed yoluyla Darekutnide *Sünen*'inde senet ve metin olarak rivayet etmiştir. Abdurrezzak da *Musannef*inde nakletmiştir. Buradaki lafzı Beyhakî, Hz. Ali'den *tahrîc* etmiştir. *Nasbu'r-Râye*, III, 374.

2- *el-Bedâyi'*, VII, 86; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 248; *el-Muğnî*, VIII, 264; *Gayetü'l-Müntehâ*, III, 343.

3- *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 332; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 443; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 178; *el-Mühezzeb* II, 283; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 360.

4- Darekutnî *Sünen*inde Ebu Hureyre'den *tahric* etmiştir. İnadında, hakkında tenkitler bulunan el-Vâkıdî vardır. İmam Şafiî kendi arkadaşlarından biri yoluyla Ebu Hureyre'den *merfu* olarak nakletmiştir. Aynı konuda Taberanî ve Darekutnî tarafından İsmet b. Mâlik'ten zayıf bir isnatla rivayet edilmiştir. *Nasbu'r-Râye*, III, 368; *et-Telhîsu'l-Habîr*, 357.

daha fazlasının çalınmasından ötürü insanların malını korumak ve hasis olması halinde aşağılamak için el kesme cezası takdir etmiştir. Ama şerefli olması halindeki önemini takdir etmek ve koruyup gözetmek için de ele yapılan tecavüzün diyetini beş yüz dinar olarak tespit etmiştir. [1]

Elin kesileceği kısım:

Cumhura göre elin kesileceği kısım bilekten itibarendir. Zira Hz. Peygamber (a.s.) hırsızın bilek ekleminden elinin kesilmesini emretmiştir. [2] Bazı alimler ise sadece parmakların kesileceğini söylemişlerdir.

Ayağın kesileceği kısım ise cumhura göre ayak ekleminden itibarendir. İbnu'l-Münzir'in rivayetine göre Hz. Ömer (r.a.) bir hırsızın ayağını ekleminden kestirmiştir. Beyhakî, Hz. Ali (r.a.)'den sadece ayağın küçük parmağının kesileceği, üzerine basabilmesi için topuk kısmının bırakılacağını rivayet etmiştir. [3] İmam Ebu Sevr de bu görüştedir. Ancak uygulama olarak meşhur ve racih olan elin bilek ekleminden, ayağın da bilekten kesileceğidir.

Sünnet olan kesilen organın bir süre hırsızın boynuna asılmasıdır. Fedâle b. Ubeyd'in rivayetine göre Resul-i Ekrem'e (a.s.) bir hırsız getirildi, emretti, eli kesildi. Sonra kesik elin boynuna asılmasını emretti. Böyle bir şey insanları suçtan ürkütücü bir manzara teşkil eder. Kesilen yer dağlanır. Ebu Hureyre (r.a.)'nin rivayetine göre Resulullah (a.s.)'a bir hırsız getirildiğinde şöyle buyurdu: *"Onu götürün, elini kesip dağlayın, sonra bana getirin. "Adam tekrar O'na getirildiğinde: "Allah'a tevbe et," dedi. Adam da: "Allah'a tevbe ettim" dedi. Bunun üzerine Resulullah (a.s.): "Allah teâla tevbeni kabul etsin" buyurdu."* Dağlama (hasın) zeytin yağı iyice kaynatılıp kesilen kısım ona sokulmak suretiyle yapılır. Böylece damarlar dağlanmış, kan kesilmiş olur. [4] Kesenin ücreti ve dağlamada kullanılan zeytinyağının bedeli de hırsızlık cezasına uğrayana düşer.

Hırsızlık haddinin sıfatı:

Hırsızlık haddi, ittifakla Allah teâlâ'nın halis bir hakkıdır. Sabit olduktan sonra af, sulh ve ibra edilme ihtimali yoktur. Hakim hırsızın elinin kesilmesine hüküm

---

1- *A'lâmu'l-Muvakkıîn,* II, 63.

2- Bu konuda gelen hadislerden bazıları şunlardır: Darekutnî, Amr b. Şuayb, babası ve dedesinden Safvân b. Ümeyye'nin ridasını (hırkasını) çalan hırsız olayı ile ilgili hadisi: *"Sonra elinin eklem yerinden kesilmesini emretti."* lafzı ile *tahric* etmiştir. İbni Adiyy'in rivayet ettiği hadiste Abdullah b. Amr: *"Hz. Peygamber (a.s.) bir hırsızın elini eklem yerinden kestirdi."* demiştir. İbni Ebu Şeybe de Racâ b. Hayve'den, *"Resûl-i Ekrem (a.s.) hırsız bir adamın elini eklem yerinden kestirdi"* şeklinde *mürsel* olarak rivayet etmiştir. *Nasbu'r-Râye,* III, 37. Hadiste geçen "el-kû" kelimesi, bileğin baş parmak tarafı manasınadır. Küçük parmak tarafına ise "el-kursû" denir.

3- *el-Mebsût,* IX, 133; *el-Bedâyi',* VII, 98; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 443; *Hâşiyetü'd-Desukî,* IV, 33; *Muğnî'l-Muhtâc,* IV, 178; *el-Muğnî,* VIII, 259.

4- *el-Mühezzeb,* II, 283; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 343.

verdikten sonra malı çalınan şahıs hırsızı affetse, onun bu affı batıldır. Çünkü affın sahih olması, hırsızı affetmenin affediciye ait bir hak olması esasına dayalıdır. Halbuki el kesme Allah teâlâya ait halis bir haktır. Buradan hareket ederek Hanefiler şu kaideyi koymuşlardır: "Hadlerde sulh yapılması batıldır." [1]

Bu esasa göre şu neticeler ortaya çıkar. [2] Hırsızlık haddinde tedahül (bir cezanın bir kaç kez yapılan suça karşılık olması) cereyan eder. Bir şahıs bir kaç defa hırsızlık yapsa ve hepsi ya da bir kısmı hakime dava edilip götürülse, bütün çaldıklarının karşılığı olarak tek bir had cezası verilir, yani bir el kesilir. Çünkü bir cinsten olan suçlarda zinada olduğu gibi tek bir had ile yetinilir. Zira had uygulamaktan maksat suçun önüne geçmek, suçtan caydırmaktır. Bu da bir had ile meydana gelir.

Sultan (devlet yetkilisi) huzurunda had cezası sabit olduktan sonra onu affetmek caiz olmaz. Çünkü had hususunda şefaat ve aracılık yapılması caiz değildir. Zira Allah teâlânın hakkı olan hadlerde şefaat ve af olmamaktadır. Hz. Aişe (r.a.) şöyle rivayet ediyor: *"Resulullah (a.s.)'a hırsızlık yapmış biri getirildi. Resulullahın emriyle eli kesildi. Kendisine: "Ey Allah'ın Resulü, biz işin bu noktaya varacağını sanmıyorduk" denildiğinde: "O, Muhammed'in kızı Fâtıma bile olsaydı yine haddi ona uygulardım" buyurdu."* [3] Zübeyr der ki: *"Had, artık sultana ulaşmışsa, Allah şefaat edene de kendisi hakkında şefaat olunana da lânet etsin."* [4]

2. Hırsızlığın Şartları

Hırsızlık haddinin uygulanması için bir takım şartlar vardır. Bazısı hırsızda, bazısı malı çalınanda, bazısı çalınan malda (mesrukta), bazısı da çalınan malın yerinde (mesrukunfihte) aranır.

Hırsızda aranan şartlar:

Hırsızın elinin kesilmesi için akıllı ve bâliğ olması lâzımdır. Çocuk ve delinin eli kesilmez. Hadis-i şerifte: *"Ümmetimde üç kişiden kalemin hükmü kaldırılmıştır: Bülûğ çağına varıncaya kadar çocuktan, aklı başına gelene dek deliden, uyanıncaya kadar uyuyandan."* buyurulmuştur. Çünkü elin kesilmesi bir cezadır, ortada bir cinayet bulunmasını gerektirir. Halbuki çocuk ve delinin fiili cinayet olarak vasfedilemez.

Çocuk veya deli, bir grup akıllı ve baliğ kimseyle hırsızlık işine katıldıkları takdirde İmam Ebu Hanife ve İmam Züfer'e göre onların hepsine de el kesme cezası verilmez.

1- *el-Ferâidu'l-Behiyye fi'l-Kavâidi'l-Fıkhıyye*, 147.
2- *el-Bedâyi'*, VII, 55, 86; *el-Mebsût*, IX, 185; *el-Mühezzeb*, II, 263, 283.
3- Buharî Müslim ve Ahmed b. Hanbel rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr*, VII, 135 vd.
4- İmam Malik *el-Muvatta*'da Rabîa b. Ebu Abdurrahman'dan rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr*, a.y.

İmam Ebu Yusuf'a göre ise, eşyayı kimin çıkardığına göre karar verilir. Eğer çocuk veya deli çıkardıysa had hepsinden düşürülür. Eğer başkası çıkardıysa onların eli kesilir, çocuk veya delininki kesilmez. Çünkü esas olan, hırsızlıkta malı muhafaza edildiği yer (hırz)'den çıkarmaktır. Yardım etmek de tabi olan hükmündedir.

İmam Ebu Hanife ile İmam Züfer'in delili şudur: Ortada tek bir hırsızlık vardır: Eli kesilmesi icap eden ve icap etmeyen kimseler tarafından yapılmış olduğu için hiçbirinin elini kesmek lâzım gelmez. Bu durum bir suça kasden katılan kişi ile hata yoluyla katılan kimsenin haline benzemektedir. Çalınan malın çıkarılması manevî yönden herkes tarafından gerçekleştirilmiştir. (1)

Had uygulanması için hırsızda akıl ve bülûğ şartının bulunması hususunda alimler arasında ittifak vardır. Şafiîler ile Hanbelîler akıllı ve baliğ olma şartlarına hırsızın muhtar olması (iradesinde serbest ve İslâm hükümlerini iltizam etmiş olması şartlarını da eklemişlerdir. *"Hata, unutma ve yapmaya zorlandıkları şeylerin sorumluluğu ümmetimden kaldırıldı."* hadisi gereği cebren (zorlanarak) hırsızlık yapan kişiye had icap etmez. Keza İslâm hükümlerini iltizam etmiş, uygulamayı kabullenmiş olmadığı için harbî (müslümanlarla savaş durumundaki bir devletin uyruğunda olan) kişiye de had icap etmez. Yine onlara göre müste'men (kendisine emân verilmiş gayri müslim) ve mühâden (müslümanlarla barış antlaşması yapmış gayri müslim) hakkında had icap edip etmemesi hususunda iki görüş vardır. Birincisine göre, öyle bir şahsa hırsızlık haddi icap etmez. Çünkü bu Allah tealâ'ya ait halis bir hak olduğu için şarap içme ve zina haddinde olduğu gibi böyleleri hakkında icap etmez. İkinci görüşe göre had icap eder. Çünkü bu, insanın hakkını korumak için meşru kılınmış olduğundan kazf haddinde olduğu gibi onlara da icap eder.

Malikîler hırsız ile eşyası çalınan kişi arasında bir evlatlık alâkası bulunmaması şartını da eklemişlerdir. Ona göre oğlunun malını çaldığından dolayı babanın eli kesilmez. İmam Şafiî dedeyi de ilâve ederek torununun malını çalması durumunda dedenin elinin kesilmeyeceğini söylemiştir. İmam Ebu Hanife aralarında yakın akrabalık bulunan herkesi bu hükme dahil etmiştir. Karı ve kocanın her biri diğerinin malını çaldığında haddin icap edip etmediği hususunda alimler arasında ihtilâf vardır; bunu ilerde açıklayacağız. Malikîler hırsızın açlıktan dolayı hırsızlık yapmak zorunda kalmış olmaması gerektiğini de ilâve etmişlerdir. Hanbelîler, ayrıca hırsızın çaldığı şeyin ne olduğunu ve mükellef (akıllı ve bulûğa ermiş) kimse için onu çalmanın haram olduğunu bilmesi şartını eklemişlerdir.

Çalınan şeyde (mesrukta) aranan şartlar:

Bunları dokuz maddede ele alabiliriz:

1- *el-Bedâyi',* VII, 67; *Tebyînu'l-Hakâik,* III, 211; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 220; *el-Mühezzeb,* II, 277; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 359.

1- Mesruk (çalınan şey) mütekavvim, yani kıymet takdir edilen bir mal [1] olmalıdır:

Maldan murat, insanların mal olarak edindikleri, mal saydıkları şeylerdir. Mal sayılan şeyin insanlar nazarında bir değeri ve önemi olur. Mal olarak edinilmeyenler ise basit ve değersiz şeylerdir. Resulullah (a.s.) zamanında olduğu gibi değersiz şeyden dolayı el kesilmez. Mütekavvimden murat ise kıymeti olan, tecavüzü bulunduğu takdirde telef eden kişi tarafından tazmin olunan maldır.

Buna göre bir insan hür bir çocuğu çalsa eli kesilmez. Çünkü hür kimse bir mal değildir: [2] O kişi sadece tazir olunur. Yine bir şahıs şarap, domuz veya murdar bir hayvan derisi çalsa eli kesilmez. Çünkü müslüman hakkında şarap ve domuzun kıymeti yoktur. Murdar hayvan derisi de mal özelliği taşımaz. Bu şart üzerinde alimler ittifak etmişlerdir.

2- Çalınmış olan mal nisap miktarında olmalıdır.

Önemsiz bir şeyden dolayı hırsızın eli kesilmez. Nisap miktarı hususunda fakihler ihtilâf etmişlerdir.

Hanefîlere göre: Hırsızlıkta nisap miktarı bir dinar veya on dirhem ya da bunlardan birinin kıymeti kadardır. [3] Çünkü Hz. Peygamber (a.s.) bir hadiste: *"On dirhemden aşağısında el kesilmez."* [4], diğer bir hadisinde: *"El, bir dinar veya on dirhem miktarı olan hırsızlıkta kesilir."* [5] buyurmuştur. Yine Nebiy-i Ekrem (a.s.)'den gelen bir hadis-i şerifte: *"El, ancak kalkanın kıymetine denk bir miktar hırsızlıkta kesilir."* buyurduğu, o devirde kalkanın değerinin on dirhem olduğu rivayet edilmiştir. [6]

1- *el-Bedâyi'*, VII, 67; *el-Mühezzeb*, II, 280 vd.; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 359; *Gâyetü'l-Müntehâ*, III 336.

2- *Fethu'l-Kadîr*, IV, 230.

3- *el-Mebsût*, IX, 137; *el-Bedâyi'*, VII 77; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 220.

4- İmam Ahmed, Abdullah b. Amr (r.a.)'dan Resulullah (a.s.)'ın şöyle buyurduğunu rivayet etmiştir: *"On dirhemden aşağı miktarda el kesme cezası olmaz."* Hadisin senedinde cumhur tarafından zayıf kabul edilen, İmam Ahmed'in "bir beis yoktur" dediği Nasr b. Bab isminde bir ravi vardır. Taberanî, hadisi İbni Mes'ûd (r.a.)'den: *"El kesme cezası ancak on dirhem (ve daha fazla) miktarda olur."* lafzıyla nakletmiştir. *Mecmau'z-Zevâid*, VI, 273; *Nasbu'r-Râye*, III, 359.

5- Bu rivayet İbni Mes'ud (r.a.)'dan gelen *âsâr*'dandır, Abdurrezzak *Musannef*'inde rivayet etmiştir. Taberanî de *Mu'cem*'inde aynı tarîkten nakletmiş olup Heysemî'nin dediği gibi *mevkûf*tur. *Mecmau'z-Zevâid*, a.y; *Nasbu'r-Râye*, III, 360. Ebu Dâvud'un *Sünen*inde *merfu* olarak İbni Abbas (r.a.)'dan rivayet ettiği hadise göre, *"Resul-i Ekrem (a.s.) değeri bir dinar yahut on dirhem olan bir kalkanı çalan bir adamın elini kestirmiştir."* *Nasbu'r-Râye*, III, 358.

6- İbni Ebu Şeybe'nin Abdullah b. Amr (r.a.)'dan: *"Kalkan kıymetinden daha aşağı miktarda hırsızın eli kesilmez"* lafzıyla naklettiği rivayette: *"Abdullah: "kalkanın kıymeti on dirhem idi," dedi." kaydı* vardır. Neseî de Eymen b. Ümmü Eymen el-Habeşiyye'nin: *"Hz. Peygamber (a.s.) ancak kalkan kıymeti miktarındaki bir hırsızlıktan dolayı hırsızın elini kestirdi. O zamanda da kalkanın kıymeti bir dinar idi..",* diğer bir rivayette: *"On dirhem idi."* dediğini rivayet etmiştir. Neseî, ayrıca: "Eymen'in hadisinin sahih olduğunu sanmam", diye ilâve etmiştir. *Câmiu'l-Usûl*, IV, 113; *Nasbu'r-Râye*, III, 359.

Cumhura (Malikî, Şafiî ve Hanbeliler'e) göre: Hırsızlıkta nisap miktarı, altında çeyrek şer'î dinar, gümüşte üç şer'î halis dirhem [1], ticarî mallar ve hayvanlarda ise o kadar altın veya gümüşün kıymetidir. Ancak altın ve gümüş dışındaki çalıntıların kıymeti Malikî ve Hanbelîlere göre dirhem ile, Şafiîlere göre ise çeyrek dinar ile takdir edilir. Delileri Hz. Peygamber (a.s.)'in: *"Çeyrek dinar ve daha fazla miktarı bulan hırsızlıkta el kesilir."* [2] hadisi ile, *"Değeri üç dirhem tutan bir kalkan sebebiyle hırsızın elini kestirdiği"* [3] rivayetidir: Kalkan, o devirde çeyrek dinar değerinde idi. [4]

Böylece ihtilâfın kaynağının Resul-i Ekrem (a.s.) döneminde kendisi sebebiyle hırsızın elinin kesildiği kalkanın değerini takdir olduğu ortaya çıkmaktadır. Hanefîler değerinin bir dinar, diğerleri çeyrek dinar olduğunu söylemektedirler.

Nisap miktarının sıfatları:

Hanefîlere göre çalınan dirhemlerin ceyyid (kaliteli) olması şarttır. Dirhemler züyûf (karışık) olsa yahut dirhemden başka şeyler çalınsa, çalıntının değeri on ceyyid dirhem miktarına ulaşmadıkça el kesilmez. Dirhemlerde yedi miskal ağırlığında olmalıdır. [5] Çünkü dirhem ismi mutlak olarak bu miktar hakkında kullanılır. Büyük dirhemler ile Resulullah (a.s.) devrindeki küçük dirhemler arasında olan orta miktar bu kadardır.

Dirhemlerin madrûb (dökülmüş, basılmış) olması gerekir mi?

İmam Ebu Hanife'ye göre hırsız, insanların muamelelerinde revaçta bulunan külçe halinde bile olsa on dirhem çaldığı takdirde eli kesilir. Önemli olan dirhemlerin insanlar arasındaki muamelelerde kullanılır olmasıdır. On dirhem sebebiyle el kesme cezasının verildiğini belirten hadisin mutlak ifadesi buna delildir. Cevaben deniliyor ki, mutlak ifade örf ve âdet ile kayıtlanır.

1- Bunlara göre dinarın on iki dirhem olduğu bilinmektedir. Bir dirhem ise 2.975 gramdır. Hanefîlere göre ise bir dinar on dirhemdir. Bir miskal veya bir dinar 1 3/7 dirhem olduğuna göre bir dinar 4.45 grama eşit olur.

2- İmam Ahmed, İmam Malik ve *Kütüb-i sitte* musannifleri Hz. Âişe'den değişik lafızlarla rivayet etmişlerdir. Bunlardan Buharî'de: *"Çeyrek dinar ve daha fazla miktardan dolayı hırsızın eli kesilir."* lafzıyla Müslim'de: *"hırsızın eli ancak çeyrek dinar ve daha fazla miktardan dolayı kesilir."* lafzıyla rivayet edilmiştir. *Câmiu'l-Usûl,* IV, 310; *Sübülü's-Selâm,* IV, 18; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 124 *et-Telhîsu'l-Habîr,* 355.

3-Buharî, Müslim, el-Muvatta'da Ahmed b. Hanbel, Ebu Davud ve Neseî'de Abdullah b. Ömer (r.a.)'den rivayet edildiğine göre: *"Resulullah (a.s.) kıymeti üç dirhem olan bir kalkanı çalan hırsızın elini kestirmiştir."* Aynı kaynaklar; *Camiu'l-Usûl,* IV, 311, *Nasbu'r-Râye,* III, 355.

4- *el-Münteka ale'l-Muvatta,* VII, 156; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 437; *Hâşiyetü'd-Desukî,* IV, 333; *el Mühezzeb,* II, 277; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 158; *el-Muğnî,* VIII, 240; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 359; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 337.

5- Miskâl, 1.3/7 dirhem tutar. *Şerhu'd-Demîrî*'de deniliyor ki: Bir dirhem altı danik'tir. On dirhem ise yedi miskâl tutar. Miskâl, cahiliyet döneminde de, İslâm döneminde de değişmemiştir. *Sübülü's-Selâm,* II, 128; *el-Ahkâmu's-Sultâniyye,* 159.

İmameyn ve el-Kerhî ise şöyle diyor: Dirhemlerin madrub (basılmış) olması lâzımdır. Çünkü hadisteki dirhem ismi, örfçe madrub (basılmış) olan hakkında kullanılmıştır. Bu görüş aynı zamanda *zâhiru'r-rivayedir,* en sahihi de budur. Cumhurun görüşü de bu şekildedir. Hırsız, değeri basılmış olarak on dirhemden daha düşük bulunan bir külçe veya nukrayı (eritilmiş haldeki altın, ve gümüş parçasını) çalsa eli kesilmez.

Eğer kıymeti, basılmış on dirhem ve daha fazla bir miktara eşit olursa eli kesilir. (1)

Mesrukun ne zamanki kıymetinin göz önüne alınacağı:

Hanefî alimlerinin çoğunluğuna göre mesrukun (çalınan şeyin) kıymetinin çalındığı vakitten elin kesildiği zamana kadarki kıymetinin on dirhem olması lâzımdır. Eğer mesruk (çalıntı) eksilecek olursa bu eksilme ya çalıntının ayn'ında ya da fiyatında olur.

Şayet mesrukun kıymeti, ayn'ının eksilmesi suretiyle, meselâ bir ayıp meydana gelmesi veya bir kısmının helâk olması şeklinde eksilirse, hırsızlık haddi uygulanır. Çünkü ayn'ın eksilmesi mesrukun bir kısmının helâk olması demektir. Mesrukun tamamının helâk olması haddi düşürmediğine göre, bir kısmının helâk olması ile haddin düşmemesi daha evlâdır, uygundur.

Fiyat yönünden, meselâ on dirhem tutarken sekiz dirheme düşmesi gibi bir eksilme olması durumunda ise iki rivayet vardır: Zahiru'r-rivâye'ye göre el kesilmez. Çünkü fiyatın düşmesi, hırsızlık zamanında mesrukta bir noksanlık bulunduğu şüphesini doğurur. Zira malın ayn'ı olduğu şekilde durmaktadır, değişmemiştir. Birdenbire arız olan noksanlık hırsızlık zamanında mevcutmuş gibi kabul edilir. Halbuki ayn'daki eksiklik böyle değildir, orada bir kısmı helâk olarak ayn'da değişiklik meydana gelmektedir. Meydana gelen helâk ise hırsıza tazmin ettirilir ki bunun hırsızlık sırasında mevcut olduğu farzedilemez.

İmam Muhammed, İmam Malik ve İmam Şafiî'ye göre ise ayn'ın hırzdan (muhafaza edildiği yerden) çıkarıldığı sıradaki kıymetine itibar olunur, mesrukun alınmasından sonra fiyatındaki eksilme ayn'ın eksilmesine kıyas olunarak mutebér değildir. (2) Suçun çalma esnasında tamamlanmış olmasından dolayı bu görüş bence daha uygundur.

Aynı görüş farklılığı bir şahsın bir beldede hırsızlık yapıp başka bir beldede yakalanması durumunda da söz konusudur. Çalınan şeyin kıymeti her iki beldede de on dirhem değilse, *zahiru'r-rivâye*'ye göre hırsızın eli kesilmez.

1- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 222; *Hâşiyetu İbni Âbidin,* III, 211; *el-Bedâyi',* VII, 78; *el-Mebsût,* IX, 138 *Muğni'l-Muhtâc,* Iv, 158.

2- *el-Bedâyi',* VII, 79; *el-Müntekâ ale'l-Muvatta',* VII, 158.

Nisap miktarı malın tek bir hırz'dan (malın muhafaza edildiği yerden) alınmış olması:

El kesme haddini gerektiren nisap miktarı malın tek bir hırzdan alınması lâzıdır. Çalınan mal ister bir kişiye isterse bir topluluğa ait olsun, farketmez. Çünkü ortada tek bir hırsızlık olayı bulunmaktadır. Buna binaen bir hırsız, bir adamın evinden beş dirhem, diğer birinin evinden de beş dirhem çalsa elini kesmek icap etmez. Çünkü bu değişik iki hırzdan alınarak yapılmış farklı iki hırsızlık olayıdır. Her ikisinde de el kesmeye mahal yoktur. Aynı şekilde hırsız iki ayrı defada olmak üzere on dirhem çalacak olsa eli kesilmez. Çünkü her defasında çalınanın miktarı nisaptan azdır. [1]

Hırsızlığın bir grup tarafından işlenmesi:

Alimler, bir hırsızlık olayına bir grup kimsenin katılıp çalınan mal, her birisine bir nisap miktarı mal düşecek kadar olduğunda her bir şahsın elinin kesileceği hususunda ittifak etmişlerdir.

Lâkin mesrukun (çalınan malın) hepsi nisap miktarı olsa da hırsızlığı bir grup insan yapsa hükmü ne olacaktır?

İmam Ebu Hanife ve İmam Şafiî'ye göre hiç birinin eli kesilmez. [2] Çünkü hiç biri nisap miktarına ulaşan bir şey çalmamıştır, işlediği suç tam bir cezayı gerektirmemektedir. Durum her birinin tek başına nisaptan az bir miktarı çalması gibidir. Resulullah (a.s.): *"Hırsızın eli ancak çeyrek dinar ve daha fazla miktarlarda kesilir."* buyurmaktadır. Bu İmam Şafiî'nin delilidir. Fakat bu hüküm bir öldürme suçuna katılma halindeki hükme aykırıdır, katılanlardan her birine kısas lâzım gelmezse, öldürme suçuna katılma kısasın düşürülmesine açılan bir yol olur. Hırsızlık suçunda durum farklıdır. Nisap miktarına ulaşan bir şeyin çalınması olayına katılmaktan ötürü el kesme cezasının icap etmemesi, her bir şahsa isabet eden miktarın azlığı sebebiyle el kesme cezasının düşürülmesine götüren bir yol olmaz.

Katılanlardan her bir kişiye nisap miktarı pay düşecek şekilde bir tek nisaptan daha fazla tutan bir malı çalacak olurlarsa ellerinin kesilmesi icap eder. Hanefîlere göre elinin kesilmesine hüküm verildiği gün itibarıyla mesrukun (çalınan malın) kıymeti takdir olunur.

Malikîlere göre iki veya daha fazla hırsız, nisap miktarı bir malın çalınmasına katıldığı takdirde bakılır: Eğer her bir şahsın malı tek başına taşımaya kudreti varsa kimsenin eli kesilmez. Aksi halde yani mesruku yerinden çıkarmak için birbirinin yardımına ihtiyaçları bulunuyorsa hepsinin elleri kesilir. Hepsi çalınan malı bir binek üzerine yükleyen kişi durumunda olurlar. Çünkü çalıntıyı binek üzerine yüklemek için yardımlaştıkları takdirde ellerinin kesilmesi icap ederdi. Malikî, Şafiî ve

1- *el-Bedâyi'*, VII, 78; *Hâşiyetu İbni Âbidîn*, III, 212.
2- *el-Bedâyi'*, VII, 78; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 225; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 160; *el-Mühezzeb*, II, 277.

Hanbelîlere göre mesrukun kıymeti çalındığı gün itibarıyla takdir olunur. [1]

Hanbelîlere göre bir grup, kıymeti üç dirhem olan bir malı çalma olayına katılsa hepsinin elleri kesilir. Çünkü malın korunması zarurîdir. Hırz'ı (malın muhafazasını) çiğneme hususunda bir kişi de grup da eşittir. Nisap miktarı bir malı çalmak el kesmeyi icap ettiren bir fiildir, bu hususta kısas gibi bir kişi de, grup da aynıdır.

İbni Kudame *el-Muğnî*'de şöyle diyor: Ebu Hanife ile Şafiî'nin görüşleri bana göre daha iyidir. Çünkü buradaki el kesme cezası hakkında nas bulunmamaktadır, hakkında nas ve icma olanlar gibi de değildir. Dolayısıyla had icap etmez. Düşürülmesinde ihtiyatlı bulunmak, icap etmesinde ihtiyatlı bulunmaktan daha evlâdır. Bu şüphe bulunduğunda haddi düşürmek kabilinden olur. [2]

3- Çalınan mal muhafaza maksadıyla mutlak olarak hırz (koruma) altında bulunmalıdır:

Üzerinde ittifak edilmiş olan bu şartın ön görülmesindeki esas Resul-i Ekrem (a.s.)'in şu hadis-i şerifidir: *"Teknenin örtmediği meyve veya keser* [3] *sebebiyle el kesilmez.. Teknede toplandığı zaman el kesme cezası vardır."* Diğer bir rivayet *"Ağılda veya teknede toplandığı zaman..."* şeklindedir.

Hırz, sözlükte bir şeyin muhafaza edildiği yer demektir. Şer'î manası ise ev dükkan, çadır, şahıs gibi genel olarak insanların malını korumak için tahsis edilmiş şeylerdir. [4] Hırz iki çeşittir:

a) Kendi başına hırz: Gidilmesi yasak olan, ancak izinle girilebilen evler, dükkânlar, çadırlar, hazine dairesi, sandıklar gibi muhafaza amacıyla hazırlanmış

1- *Hâşiyetü'd-Desukî,* III, 335; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 439; *el-Münteka ale'l-Muvatta,* VII, 178; *el Kavânînü'l-Fıkhıyye* 359.

2- *el-Muğnî,* VIII, 282; *Gâyetu'l-Münteha,* III, 337 vd.

3- Hadisin aslında geçen "murah", deve, sığır ve koyunların gece gelip muhafaza edildikleri yer; "cerîn", hurma kurutulan muhafazalı yer; "keser" hurma ağacının içinden çıkan dalı beyaz olan kısım yahut büyük ana tomurcuğun etrafında oluşan tadımı hoş lifsiz bölüm, demektir.
Zeylaî hadis hakkında: "Bu lafız ile *garib*'dir," demiştir. Ebu Dâvud, Neseî ve İbni Mace'nin bu manada Amr b. Şuayb'dan babası, onun da dedesi Abdullah b. Amr yoluyla naklettiği şu hadis de öyledir: *"Hz. Peygamber (a.s.)'e dalları sarkmış bir hurma ağacının meyvesinin hükmü hakkında soruldu. Şöyle buyurdu: "İhtiyacı olup da yenlerine ve ceplerine doldurmadan sadece yiyene bir şey icap etmez. Muhafaza edildiği yere (cerin) konduktan sonra kalkan kıymeti bir miktarı kim çalarsa eli kesilir."* İmam Malik *(Muvatta*'da) ile İbni Ebu Şeybe'nin Abdullah b. Abdurrahman b Ebu Huseyn el-Mekkî'den rivayet ettiğine göre Resulullah (a.s.) şöyle buyurdu: *"Dalındaki meyve ile dağın koruduğu (yani dağda bulunan ağacın meyvesi) sebebiyle el kesme cezası verilmez. Ancak murah ve cerîn'de korunan mal ve meyveden kıymeti kalkan değerine ulaşanları çalanların eli kesilir" Camiu'l-Usul,* IV, 318 vd.; *Nasbu'r-Râye,* III, 362, *Sübülü's-Selâm,* IV, 23; *el-Telhîsu'l-Habîr,* 356; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 127.

4- Dört mezhebin, hırz'ın tahdidi hakkında örf ve âdetlere baş vurulacağı hususunda ittifak ettikleri anlaşılmaktadır. *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 440; *el-Ümm,* VI, 135 vd.; *el-Muğnî,* VIII, 249; *Gâyetü'l Münteha,* III, 339; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 238; *el-Mühezzeb,* II, 280; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 360.

yerlerdir.

b) Başkası yardımıyla hırz sayılıp izinsiz girilebilen, girilmesi yasak olmayan mescitler, yollar, meydanlar gibi muhafaza gayesiyle hazırlanmamış yerlerdir.

Birinci çeşit kendi başına hırz'dır. Muhafaza eden bulunsun bulunmasın, kapı kilitli veya açık olsun hükmü değişmez. Zira binadan maksat onunla bir şeyi ihraz, yani korumaktır. Bina kendi başına göz önünde bulundurulur, sahibi ile değil. Çünkü Hz. Peygamber (a.s.) el kesme cezasını, hırz sayıldığından dolayı koruyucu bulunma şartını zikretmeksizin ağıl ve teknede toplanmış olmasına bağlamıştır.

İkinci çeşit harz'ın hükmü eğer koruyucu bulunmuyorsa sahranın hükmü gibidir. Eğer mala yakın bulunan ve onu koruması mümkün olan bir koyurucu varsa orası hırz sayılır. Koruyucunun uykuda yahut uyanık olması farketmez. Çünkü Hz. Resul-i Ekrem (a.s.) Safvân uykuda iken onun ridasını çalan hırsızın elini kestirmiştir. (1)

Mesruku hırzdan almış olmak, üzerinde ittifak olunan bir şarttır. Mal korunduğu hırzın tamamından ayrılmadıkça el kesme cezası icap etmez.

Buna göre aşağıdaki hükümler söz konusu olur.

a) Bir hırsız katar halinde giden kervandaki hayvanlardan birinin sırtında bulunan bir yük dengini çalsa eli kesilmez. Çünkü o hırzın kendini almış olmaktadır. Hırz'ın kendisi muhafaza altında değildir. Yük denginin hayvanın sırtında olması onu hırz altında saymak için yeterli olmaz. Zira o bizzat murat edilmiş bir hırz değildir. Kervandaki hayvanları süren şahsın maksadı koruma değil yolu katetmektir. O sadece yularını elinde tuttuğu hayvanın muhafızı sayılır. Bu, Hanefîlerin görüşü olup görüldüğü kadarıyla o zamanki örfün tesirine göre bu görüşe sahip olmuşlardır. Günümüzdeki örfte kafile başkanı olan şahıs taşınan bütün eşyadan sorumlu sayılmaktadır.

Diğer üç imama göre kafile başkanı baktığı zaman görebilmekte ise önüne kattığı bütün hayvanlarını koruyucusudur. Asıl maksadı yolu katetmek ise de onları muhafaza etmek de maksadı sayılır.

Eğer hırsız hayvan üzerinde bulunan yük dengini açarak malı alsa eli kesilir. Çünkü yük dengi içindekilerin hırzı durumundadır. (2)

b) Çalınan şeyin sahibi, muhafaza edildiği hırzdan çıkarılmasından önce hırsızlığın farkına varıp onu alacak olsa hırsızın eli kesilmez. Çünkü hırsız tarafından malın hırz'dan çıkarılması gerçekleştirilmemiştir. Ancak hırsızlığı öğrendiği halde hırsızla çarpışmaktan korktuğu veya silahla çatıştıktan sonra almaktan aciz kaldığı

1- *el-Mebsût,* IX, 150 vd; *Tebyînu'l-Hakâik,* III, 221; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 240; *el-Bedâyi',* VII, 73. B hadisin *tahrici* kazf haddi konusunda geçmişti.

2- *el-Bedâyi',* VII, 74; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 246; *Tebyînü'l-Hakâik,* III, 224.

için malı hırsızdan alamaz ise bakılır: Eğer hırsızlık olayı gündüz meydana gelmişse hırsızın eli kesilmez. Çünkü yukarıda açıkladığımız gibi hırsızlığın malı alma fiilinin baş ve son vakti itibariyle gizlice olması lâzımdır. Şayet hırsızlık gece meydana gelmişse, bu halde Hanefîlere göre istihsan delili gereği hırsızın eli kesilir. Çünkü geceleyin gizlilik malı alma fiilinin sonunda değil başında bulunsa da yeterlidir. Zira gece hırsızlıklarının çoğunda gece esnasında kolayca yardım ve imdat bulunamadığından mal sahibinin karşı koymaktan korkması veya hırsızın galebe çalması söz konusu olur.

c) Hırsız çaldığı malı korunduğu hırz'ın dışına atsa da mal sahibi onu bulup alsa, hırsızın eli kesilmez. Çünkü çıkarken mal üzerinde onun değil başkasının eli konmuş olmaktadır. Ama hırsız malı hırzdan atsa, sonra çıkıp alsa, elinin kesilmesi icap eder. Bu hususta İmam Züfer dışındaki alimler arasında ittifak vardır. Çünkü bu durumda hırsız hükmen mala el koymuş olmaktadır. Malı dışarı atması hırsızlığı tamamlamak için uygulanmış bir hiledir. İmam Züfer'in delili, sadece malı atmanın el kesmeyi gerektirmediğidir. Ona göre bu durum malî almadan çıkmasına benzemektedir. [1]

d) Hırzdan alıp birine vermek: İki kişi ortaklaşa bir duvarı delerek birisi içeri girip malı alsa ve dışarıda bulunana verse veya ona atsa, İmam Ebu Hanife'ye göre onlardan hiç birinin eli kesilmez. Çünkü hiç biri tek başına duvarı delme ve malı dışarı çıkarma işlemini yapmamıştır. Halbuki örfe göre hırsızlık fiili bu iki şeyin beraberce yapılması ile gerçekleşir. İçeri girenin eli çalınan mal üzerinde o mal dışarı çıkarılırken sabit olmadığı gibi, dışarıdaki şahıs tarafından da hırz'a tecavüz fiili vuku bulmamıştır. O halde ikisi tarafından da hırsızlık tam olarak yapılmamıştır. Hanefîlerce racih görüş budur.

İmam Muhammed ise şöyle der: İçeri giren elini hırzdan çıkarır ve dışardakine malı uzatırsa, dışarıdakinin değil içeridekinin eli kesilir. Eğer dışarıdaki elini hırza sokar ve malı alırsa hiçbirinin eli kesilmez. Çünkü bu durumda içerideki malı dışarı çıkarmış olmamakta, öbürü de hırza tecavüz etmiş olmamaktadır. Yani her ikisi tarafından da hırsızlık tam olarak gerçekleştirilmemektedir.

İmam Ebu Yûsuf'a göre içeri giren elini dışarı çıkarırsa el kesme cezası içeri girene verilir. Dışarıda bulunan elini içeri sokup malı almışsa her ikisinin de ellerinin kesilmesi icap eder. Zira Ebu Yûsuf'a göre hırza giriş olmak ileri sürülen şartlardan değildir. [2]

Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere göre dışarıdakinin değil sadece içeri girenin eli kesilir. Çünkü duvarı delme işine katılması yanısıra malı dışarı çıkaran da odur. [3]

1- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 244; *Muğnî'l-Muhtâc,* IV, 172.
2- *el-Mebsût,* IX, 147; Fethu'l-Kadîr, IV, 243; *el-İhtiyâr,* IV, 106.
3- *Hâşiyetü'd-Desukî,* IV, 343; *el-Mühezzeb,* II, 279; *el-Muğnî,* VIII, 284; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III 338.

e) Malı hırzdan çıkarmak (duvarı delerek malı çalmak): İki şahıs malın bulunduğu hırz'ı delse, birisi içeri girerek malı deliğe yaklaştırıp bıraksa ve dışarıdaki de elini uzatıp onu alarak hırzdan çıkarsa, bu durumda İmam Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre ikisinin de eli kesilmez. [1] Çünkü içeri giren tarafından malı dışarı çıkarma fiili, dışarıdaki şahıs tarafından hırza tecavüz fiili işlenmiş olmadığından hiç birisi tarafından hırsızlık tam manasıyla yapılmış bulunmamaktadır. Bu mesede Hz. Ali (r.a.): *"Hırsız zarîf (delil getirip haddi kendinden düşürecek belağat ve hitabet sahibi) ise eli kesilmez."* buyurmuştur.

İmam Ebu Yûsuf ise: "Dışarıdakinin eli kesilir; çünkü maksat hırza girmek değil malı almaktır." demiştir.

İmam Malike göre özellikle malı çıkaranın eli kesilir çünkü hırsız odur.

Şafiîlere göre ise ikisi duvarı delme hususunda yardımlaşsa ve birisi tek başına malı dışarı çıkarsa yahut duvarı delen malı deliğin yakınına koysa da öbürü dışarı çıkarsa, dışarı çıkaranın eli kesilir. Fakat duvarı delen malı deliğin ortasına koysa da dışarıda bulunan onu alsa ve mal da iki nisap miktarında olsa azhar olan görüşe göre ikisinin de elleri kesilmez. Bir şahıs duvarı delse diğer biri de malı dışarı çıkarmış olsa hiç birinin eli kesilmez. [2]

İmam Ahmed: "Her ikisinin de eli kesilir." der. Çünkü her ikisi de hırz'a tecavüz ve malı çıkarma hususunda ortak hareket etmişlerdir. Malı beraberce taşıyıp çıkarmalarında olduğu gibi her ikisinin de ellerinin kesilmesi lâzımdır. [3] Kanaatimce, hırsızlıkta ortaklık söz konusu olduğu için en sahih görüş budur.

Hırsız hırz'a girip malı duvardaki deliğin yanında toparlasa, sonra dışarı çıkıp delikten elini sokarak malı daşırı çıkarsa, bu durumda da aynı ihtilâf söz konusu olur.

f) Hırsızlığa katılmak veya çalınan eşyayı gruptan birinin sırtına yüklemek: Bir grup bir eve girip eşyayı oradan alarak aralarından bir veya iki şahsın sırtına yükleseler, ötekiler hiç bir şey yüklenmeksizin dışarıya çıksalar, bu durumda Hanefîlerce kıyas gereği -ki bu aynı zamanda İmam Züfer'in de görüşüdür- ve Malikîlerle Şafiîlere göre malı taşıyandan başkasının eli kesilmez. Çünkü hırsızlık ancak çalınan malı dışarı çıkarmakla tamamlanır. [4]

Hanefîlerce istihsan delili gereğine ve Hanbelîlere göre hepsinin eli kesilir. Çünkü çalınan malın dışarı çıkarılması grubun yardımıyla gerçekleşmiştir. Toplu-

---

1- *el-Mebsût,* IX, 147; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 245; *Tebyînu'l-Hakâik* III, 223.

2- *Hâşiyetu'd-Desukî,* IV, 343; *Bidâyetu'l-Müctehid,* II, 440; *el-Mühezzeb,* II, 280; *Muğnî'l-Muhtâc* IV, 171 vd.

3- *el-Muğnî,* VIII, 283 vd.; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 338.

4- *eş-Şerhü'l-Kebîr,* IV, 335; *el-Ümm,* VI, 137; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 172.

ca yapılan hırsızlıklar genellikle böyle olmaktadır. [1]

Çalınan malı bir hayvan üzerine yükleyip de hırz'dan çıkarmalan durumunda da aynı ihtilâf söz konusu olur. Bu durumda da istihsan delili gereği ellerinin kesilmesi icap eder.

g) Tarrar ve nebbâş (Yankesici ve kefen soyucu): Tarrar, yankesici demektir. Hanbeliler tarrarı, "Cebi veya yeni delerek oradan veya yere düştükten sonra nisap miktarı bir malı alan kimsedir", diye tarif etmişlerdir. Fakihler, tarrarın elinin kesilmesi hususunda ittifak halindedirler. [2] Bu insanların genel maslahatıyla da uyuşan bir görüştür. Tarrar, bir kişinin cebinden, yeninden [3] veya heybe, torba veya çantasından kesmek, yarmak veya eli cebe sokmak suretiyle malını çalan kimse (Türkçede kullanılan şekliyle 'yankesici') demektir.

Ancak Hanefîler tarrarlığın şekli yönünden meseleyi tafsilatlı olarak incelemişlerdir. Eğer dirhemler yenin dışında bağlanmış olup tarrar yeni kesmek suretiyle malı almış ise eli kesilmez. Çünkü burada dirhemlerin korunduğu hırz yen olmaktadır. Yen kesildikten sonra dirhemler yenin dışına dökülür. Dolayısıyla malı hırz'dan almış olma durumu bulunmamış demektir.

Şayet dirhemler yenin iç tarafına bağlanmış ise tarrarın eli kesilir. Çünkü yenin kesilmesinden sonra dirhemler iç tarafa dökülür. Dolayısıyla tarrar malı hırz durumundaki yenden almış olur. Bu durumda tarrarın (yankesicinin) eli kesilir.

Eğer yankesici bağı çözerek çalmış ise bakılır: Şayet düğümü içerden vurulmuş olan bağ çözüldüğünde dirhemler yenin dışına dökülecek durumda ise eli kesilmez. Çünkü malı hırz olmayan bir yerden almıştır.

Bağ çözüldüğünde dirhemler yenin içine döküldüğü için onları almak üzere elini yenin içine sokmak durumunda kalmış ise eli kesilir. Çünkü bu halde mal hırz'dan alınmış olmaktadır.

Netice olarak Hanefîler hırz manasının olmuş bir gerçek şeklinde bulunmasını göz önüne almaktadırlar. Evlâ olan böyle tehlikeli hırsızların zararını bertaraf etmek için cumhurun görüşünü almaktır.

Nebbaş ise ölülerin kefenlerini çalan hırsıza denir. Nebbaşın hükmü hususunda fakihlerin değişik görüşleri vardır.

1- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 244; *el-Muğnî,* VIII, 283.

2- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 245; *el-Bedâyi',* VII, 76; *Hâşiyetu İbni Abidîn,* III, 224; *Muhtasaru't-Tahav* 271; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 440; *el-Mühezzeb,* II, 279; *el-Muğnî,* VIII, 256; *Gâyetü'l-Münteha* III, 336.

3- Metinde geçen "el-kümm" kelimesi, elbisedeki elin sokulup çıkarıldığı yer manasınadır. Burada ise, içine bir şeyler koyup gizlemek için hazırlanan yer kastedilmektedir. "el-kümm" kelimesi ise tomurcuk, çiçek veya meyve kınah torba manasınadır.

İmam Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre bunun eli kesilmez. Hatta kabir kapalı bir evde bulunsa da esah olan görüşe göre hüküm böyledir. Çünkü kabir asla kendi başına bir hırz sayılmaz. Genelde mallar kabirlerde saklanmamaktadır. [1]

İmam Ebu Yusuf ile Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere göre nebbaşın eli kesilir. Çünkü o da bir hırsızdır, yahut hayattaki bir şahsın malını çalan kimseye benzer. Allah teâlâ: *"Hırsız erkek ile hırsız kadının ellerini kesin."* (Maide, 38) buyurduğu gibi Hz. Aişe (r.a.): *"Ölülerimizi soyan dirilerimizi soyan gibidir."* hadisini nakletmiştir. [2] Berâ b. Âzib (r.a.)'den gelen rivayete göre Nebiyy-i Muhterem (a.s.): *"Yakanı yakarız, suda boğanı biz de boğarız, kefen soyanın elini keseriz."* buyurmuştur. [3] Çünkü kabir, kefen için hırz yerine geçer. Çünkü kefenin başka yerde değil kabirde bırakılması lâzımdır, korunması için hırz olarak kabir kâfidir. [4]

Ancak Şafiîler açık arazide bulunan kabri istisna etmişlerdir. Böyle bir yerde olan kabirde yapılan hırsızlık dolayısıyla el kesilmez. Çünkü öyle bir kabir kefen için hırz sayılmaz. Öyle bir araziye ancak zaruret dolayısıyla ölü gömülür. Meskun bir yerin yanında olan kabristanın durumu ise farklıdır. Bu türlü suçların önüne geçmek için cumhurun görüşü ile amel etmek daha tercihe şayandır.

g) Ortak ev: Ev, birden fazla kişiye kiraya verilen odalar gibi bir kaç kişi arasında ortak bulunsa da hırsız bir odadan eşya çalsa, Hanefîlere göre ev, her bir odasında oturanlar evin genişliğine veya avlusuna ihtiyaç duymayacak şekilde geniş ise eli kesilir. Hanbelîlere göre de kapı kapalı ise eli kesilir. Şafiî ve Malikîlere göre ise malı binanın tamamından çıkarmasa dahi bulunduğu evden çıkarması durumunda eli kesilir. [5]

h) Çarşılarda bulunan mallar: Hanefîlere göre hırsız bunları gece çalmışsa eli kesilir, gündüz çalmışsa kesilmez. Gündüzün âdet olarak çarşı-pazara girme izni bulunması sebebiyle hırz (muhafaza) altında olması hususu tam gerçekleşmemektedir.

Malikî ve Şafiîlere göre tüccarların dükkânlarından veya çarşılardan mal çalan hırsızın eli, eğer mallar sahipleri tarafından toplanıp odanın bir tarafına konulmuş vaziyette yahut o çeşit malların korunmasında uygulanan şekilde genellikle

1- *el-Mebsût,* IX, 159; *Hâşiyetu İbni Âbidîn,* III, 219; *Muhtasaru't-Tahâvî,* 273; *el-Bedâyi',* VII, 69 *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 359; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 340.

2- Darekutnî, hadisi Hz. Aişe'den Amra yoluyla *tahrîc* etmiştir.

3- Beyhakî, *et-Marife* de rivayet ettikten sonra: "Bu isnadda durumu bilinmeyen râviler bulunuyor." demiştir. Darekutnî ise Hz. Aişe'den onun şöyle dediğini rivayet etmiştir: *"Ölülerimizden çalan hırsız da dirilerimizden çalan hırsız gibidir." Nasbur-Râye,* III, 366; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 356, 358.

4- *Hâşiyetu'd-Desukî,* IV, 340; *Bidâyetül-Müctehid,* II, 440; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 169; *el-Mühezzeb* II, 278; *el-Muğnî,* VIII, 272.

5- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 243; *el-Muvatta',* III, 50; *el-Ümm,* VI, 136, 139; *el-Muğnî,* VIII, 256; *el-Mühezzeb,* II, 280.

muş vaziyette yahut o çeşit malların korunmasında uygulanan şekilde genellikle içinde korunduğu yerde muhafaza altında bulunmakta idiyse eli kesilir. Buna binaen bugün caddelerde bırakılmış otomobilleri çalan hırsızın eli kesilir. Çünkü cadde arabalar için hırz yerine geçmektedir. Bildiğimiz gibi hırz, genellikle malların korunmasında kullanılan her çeşit yerdir.

İmam Ahmed: "Eğer çarşıda bekçi bulunuyorsa veya eşyaların yanında onu gözetleyen bir muhafız varsa hırsızın eli kesilir" demektedir. (1)

4- Çalınan malın bir ayn olması, elde tutulup saklanabilmesi ve çabucak bozulmayacak cinsten olması:

İmam Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre çabuk bozulan cinsten olup kıymeti yönünden benzerinde elin kesilmesini gerektirecek miktardaki şeyleri çalan hırsızın eli kesilmez. Üzüm, incir, ayva, yaş hurma, bakliyat, ekmek gibi yaş yiyecekler ile pişirilmiş yemek, taze veya kuru et, şıra, meyve suyu, süt, yoğurt gibi yiyeceklerde, bunlar ister hırzdan alınmış olsun ister olmasın hüküm böyledir. Zira bu tür şeylerin elde tutulup biriktirilme özelliği yoktur. Bu iki imamın delili Hz. Peygamber Efendimiz (a.s.)'in: *"Meyve ve keser'den dolayı el kesilmez."* (2) hadisidir.

Bu şeyler âdete göre mal olarak hazırlanmadığından insanlar nazarında önemi azdır, basit kabul edilirler. Ayrıca daima telef olma durumuyla karşı karşıya bulunduklarından ihraz olunmayan şeylere benzerler. Şayet çalışan şey ceviz, badem, kuru hurma, kuru meyveler, sirke, pekmez gibi bir seneden fazla dayanıp biriktirilebilen cinsten olursa hırsızın eli kesilir. (3)

İmam Ebu Yûsuf şöyle demektedir: Biriktirilme ihtimali olmayanlarda da el kesilir. Çünkü bunlardan hakikî anlamda yararlanılmaktadır. Şer'î yönden bu gibi şeylerden mutlak manada yararlanılması mübahtır; o halde mal hükmüne girmektedir. Dolayısıyla diğer mallarda olduğu gibi bunlarda da el kesilir. (4) Bu görüş zamanımızdaki örf ile uyuşmaktadır. Zira günümüzde meyveler de önemli mallardan olmuştur. İnsanların geçmişteki örfünde olduğu gibi değersiz sayılmamaktadır.

Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere göre mal olarak satılması ve karşılığında bedel alınması caiz olan bütün mallardan dolayı hırsızın eli kesilir. Bunların yiyecek, elbise, hayvan, taş, kamış, av, cam ve benzeri eşya olması hükmü değiştirmez. *"Hırsız erkek ile hırsız kadının ellerini kesiniz."* ayetinin hükmü geneldir. Çünkü bunlar

1- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 242; *el-Muvatta',* III, 50; *el-Ümm,* IV, 235; *el-Muğnî,* VIII, 249-250.

2- "Semer" (meyve), toplanıp muhafazalı bir yere konmadan önce ağacı üzerinde bulunan hurma hakkında kullanılan bir kelimedir. Yaş ve kuru hurma, üzüm ve diğer çeşitleri içine alan genel bir mana taşır. "Keser" ise hurmanın tomurcuğu yahut hurma ağacının içinden çıkan yağ demektir. *Sübülü's-Selâm,* IV, 23; *el-Münteka ale'l-Muvatta,* VII, 182.

3- *el-Mebsût,* IX, 153; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 227; *el-Bedâyi',* VII, 69.

4- Aynı yerler.

da âdete göre mal olarak edinilen ve insanlar tarafından talep olunan nesnelerdir. Dolayısıyla çalındıktan takdirde hırsızlıkta bulunması gerekli şartlar varsa, benzeri bir malın hırz'ından alınması durumunda olduğu gibi hırsızın eli kesilir. (1)

Dalındaki meyveyi çalmak:

Alimler, dalında bulunan meyve ile başağındaki buğdayın çalınması halinde, eğer bunlar muhafaza altında değilse hırsızın elinin kesilmeyeceği hususunda ittifak etmişlerdir. Eğer muhafaza edildiği bir hırz'da bulunuyorken çalınmışsa kesilir. Hırz'ın tespiti hususunda insanların örfüne göre bilinen ölçülere baş vurulur. İnsanlar tarafından hırz diye tanınıyorsa oradan çalan hırsızın eli kesilir, hırz olarak kabul edilmeyen yerden çalanın ise eli kesilmez. Çünkü şeriat, hırz'ın göz önüne alınmasına delâlet ve işaret etmiştir. Şeriatte hırz için belirli bir tarif yapılmamıştır. O halde bu hususta örfe müracaat etmek lâzım gelmektedir. İmam Şafiî diyor ki: *"Meyveden dolayı el kesilmez."* şeklindeki Râfi' hadisi, o devirdeki Medine halkının adetlerine göre varit olmuştur. O zamanki hurma bahçeleri duvarlarla çevrilip muhafaza altına alınmış değildi; yani hırz bulunmuyordu. Şayet bahçeler, meselâ duvarlar yahut dikenli tellerle çevrili ise o zaman koruma altına alınmış diğer mallar gibi olurlar.

Fakat cumhura göre hırz olmayan bir yerden meyve çalan hırsızın meyvenin kıymetini ödemesi icap eder.

Hanbelîlere göre meyvenin kıymetinin mislî olanını vermesi icap eder. Çünkü Hz. Peygamber Efendimiz (a.s.) şöyle buyurmaktadır: *"İhtiyacı olup da hubne yapmadan (elbisesinin içine saklamadan) ağzı ile (yenecek) bir şey alıp yiyen kimseye hiçbir ceza gerekmez. Oradan bir şey dışarı çıkarana ise hem aldığının mislî miktarını ödemek, hem de ceza lâzım gelir. Kim de kabına konduktan sonra ondan bir şey alır ve miktarı da kalkan kıymetine ulaşırsa, elinin kesilmesi icap eder."* (2) Eğer meyve veya buğday tamamen kurumuş olup kabına konduktan sonra çalınırsa hırsızın eli kesilir. Çünkü bu şekilde biriktirilip saklanması mümkün olan mutlak bir mal haline gelmiş durumdadır: Resul-i Ekrem (a.s.)'in: *"Kabına, teknesine konuluncaya dek meyve ve keser'den ötürü hırsızın eli kesilmez."* hadisinde de bu noktaya işaret edilmiştir. (3)

1- *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 441; *el-Mîzân,* II, 162; *el-Mühezzeb;* II, 277 vd.; *el-Muğnî,* VIII, 246 *Neylü'l-Evtâr,* VII, 128; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 337, 341.

2- Tirmizî, Ebu Dâvud, Neseî ve İbni Mace Amr b. Şuayb'dan, o da babasından, dedesinden rivayet etmiştir. Tirmizî İbni Ömer'den: *"Biriniz bir hurma bahçesine uğrayınca sadece yesin, cebine ve yenine doldurup almasın."* hadisini nakledip *garib*'dir, demiştir. Beyhakî: "*Sahih* değildir, *kavî* olmayan başka şekillerde gelmiştir" demiştir. İbni Hacer ise: "Hepsinin toplamı ile sahih derecesinden geri kalmayan, bir hadistir. Bunun aşağı derecesinde olan bir çok hadisler ile hüccet olarak kullanılmıştır." demektedir. *Nasbu'r-Râye,* III, 363; *Sübülü's-Selâm,* III, 97; *Câmiu'l-Usûl,* IV, 318 XI, 296; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 127.

3- *Câmiu'l-Usûl,* IV, 318.

5- Çalınan mal, aslı mübah olan bir şey olmamalıdır:

Kuşlar, saman, tahta, odun, kamış, av hayvanları, ot, balık, zırnık, kızıl toprak nura [1], kireç, kerpiç, kömür, tuz, sırça, cam gibi çabuk kırılan ve aslında mübah olan şeylerin çalınmasının hükmü hakkında alimler, yukarıdaki şartta olduğu şekilde ihtilâf etmişlerdir. Hanefîlere göre, aslı İslâm diyarında mübah olan bu gibi şeylerde el kesme cezası verilmez. Fakat bu hükümden sâc, abanoz, sandal ağaçlarından yapılmış tahta, hurma salkımı ve işlenmiş tahtayı istisna etmişlerdir. Yukardaki hükmün delili şudur: İnsanlar bu gibi şeyleri mal olarak edinmezler. Bunlar çoklukla her yanda bulunurlar, mübah olduğu için insanların gözünde önemli değildirler, toprak gibi adi sayılırlar. Ancak istisna ederek zikrettiklerimiz öyle değildir. Onlar pahalıdır, insanlar tarafından mal olarak edinilir ve basit sayılmazlar. Ayrıca bunlar bütün insanların ortak olduğu şeyler cümlesindendir. İşte onlara malik olan herkesin mülkiyeti hakkında bir nevi şüphe bulunacağından aslı göz önüne alınarak çalan hırsızın eli kesilmez. [2]

İmam Ebu Hanife'nin bu şartı bunların basit ve adi olması, mal kabul edilmemesi manasına dayandırdığı, cinsinin mübah olması bakımından meseleyi almadığı mülâhaza olunmaktadır. Yoksa cinsinin mübah olması yönü altın ve gümüş hakkında da mevcuttur.

O yüzden, sayılan bu şeyler insanlarca muteber olan mallar arasına dahil olursa, çalındığı takdirde hırsızın eli kesilir.

Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere göre [3] malı çalan hırsızın eli kesilir; isterse çalınan mal av, su, odun, ot, madenler gibi aslı mübah olsun yahut olmasın. Çünkü el kesilmesini emreden ayet-i kerimenin ve nisap miktarının şart olduğunu ifade eden hadis ve rivayetlerin anlamı geneldir. Öte yandan bunlar ihraz edilmiş (korunmuş) bir maldır. [4] Kanaatimce bu görüş daha tercihe uygundur. Zira insanlar bu gibi

---

1- Metinde geçen "nûra (alçı)" kireç taşı manasınadır. Sonra daha çok içine zırnık ve saire ilâve edilmiş ve kılları gidermekte kullanılmıştır. *el-Mısbâh; el-Kamûsu'l-Muhît.*

2- *el-Mebsût,* IX, 153; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 226; *Tebyînu'l-Hakâik,* III, 219; *el-Mebâyi',* VII, 68; *Haşyetu İbni Âbidîn,* III, 217.

3- *Haşiyetü'd-Desûkî,* IV, 334; *el-Mîzân,* II, 167; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 441; *el-Mühezzeb,* II, 278 *el-Muğnî,* VIII, 246; *el-Müntekâ ale'l-Muvatta',* VII, 156; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 359; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 337.

4- Şâfiîlerden ez-Zincânî *Tahrîcu'l-Furû' alel'l-Usûl s.* 186 de şöyle der: Hususa dair bir delil yoksa umum hükmünün olduğu gibi kalması onunla hükmedenlere göre taayyün etmiş olur. İmam Şafiî hırsızlık meselelerinin çoğunu buna bina etmiştir. Bu kaideden hareketle İmam Şafiî'ye göre: *"Hırsız erkek ile hırsız kadının ellerini kesiniz."* ayetinin umumî hükmüyle amel edilerek aslı mübah olan bir şeyi çalmaya da el kesme cezası taalluk eder. Ayetin umumî manası, onu alan kişiye hırsız denebilecek her şeyden dolayı el kesme cezasını gerektirmektedir. Kendisine mutlak olarak hırsız ismi verilen her şahsın, ayetin hükmü umumî olduğundan eli kesilir. Ancak bir delil ile bunun dışında tutulanlar hariçtir.

şeyleri mal olarak edinmekte ve ihraz etmekte, saklamaktadırlar.

6- Çalınan mal masum olmalı yani hırsızın malda onu alma hakkı, almasını sağlayacak bir yorum veya şüphe bulunmamalıdır:

Bu şartın ileri sürülmesindeki sebep şudur: El kesme, sırf bir cinayetin bulunmasını gerektiren halis (sırf) bir cezadır. Bir şahsın zaten alma hakkına sahip olduğu bir şeyi alması asıl itibariyle bir cinayet olmaz ve tabiî ki bir cezayı da gerektirmez. İşte tevil (yorum) veya şüphe yoluyla da olsa alma hakkına sahip olduğu bir şeyi almak da böyledir; mutlak bir cinayet (suç) olmaz ve ona uygun mutlak bir ceza da gerektirmez. (1)

Bu şarta dayanarak aşağıdaki meselelerde el kesme haddi uygulanmayacağı sonucu çıkar:

a) Maliki bulunmayan diğer mübah mallar.

b) Kendisine dâr-ı İslâmda eman verilmiş harbî olan kimsenin malı. İstihsan delili gereği böyle bir malın çalınmasından ötürü el kesilmez. Zira bu kendisinde mübahlık şüphesi bulunan bir maldır. Kıyasa göre ise el kesilir. Çünkü bu mal harbî olan şahsa verilmiş eman sebebiyle artık masum (tecavüzden korunmuş) hale gelmiştir. O yüzden zimmînin malında oludğu üzere telef edilmesi sebebiyle tazmin olunur.

c) Müstemen (kendisine eman verilmiş) olan harbî bir şahıs tarafından mübah olduğu kanaati ile çalınan müslüman yahut zimmiye ait mal.

d) Âdil (İslâm devletine itaatte bulunan) kişi tarafından çalınan bâğî (İslâm devletine isyan eden kimse)'ye ait mal. Çünkü âdil hakkında bâğînin malı masum değildir. Bâğînin çaldığı âdile ait mal da böyledir. Bâği de tevil (kendince haklı bir gerekçe) ile o malı almış durumdadır.

e) Şu tafsilatta olduğu şekilde borçlu şahıstan çalınan mal:

Şayet çalınan mal, kendisinin hakkı cinsinden ise, meselâ on dirhem alacağı olup borçludan on dirhem çalsa ve borcun da ödenme zamanı gelmiş bulunsa, hırsızın eli kesilmez. Çünkü hırsız olan kişinin onu alması mübahtır. Zira hakkı cinsinden olan bir malı ele geçirmiştir, yerinde beyan edildiği gibi onu alma hakkına zaten sahiptir. Hatta kendi hakkından daha fazla bir miktarı bile alsa eli kesilmez. Çünkü alınanın bütününde, parçalarına dağılmış şekilde kendisine ait bir kısım mal mevcuttur. Ortak malda olduğu gibi hisseli bir hakkı çalmaktan ötürü el kesilmez. Eğer burcun vadesi gelmemişsee istihsan deliline göre el kesilmez, kıyasa göre kesilir.

1- *el-Ukûbâtu'ş-Şer'iyye ve Esbâbuhâ*, 146 vd.; *el-Bedâyi'*, VII, 70-72; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 229 vd.; *el-Mebsût*, IX, 152, 178; *Gâyetü'l-Muntehâ*, III, 341.

Kıyasın izahı şöyledir: Borç eğer vadeli ise, vadesi gelmeden onu çalan kişinin alma hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda yabancı bir kimse tarafından çalınmış gibi olmaktadır, o takdirde de hırsızın eli kesilir.

İstihsan yönünün izahı ise şu şekildedir: Her ne kadar vade süresi gelmeden alacağı alma hakkı sabit olmasa da borçludan alacağım alma hakkının sabit oluş sebebi kaimdir, bulunmaktadır. Vade ise, borcun düşmesinde değil alacağı talep etmeyi ertelemede etkili olmaktadır. Zikredilen bu sebebin bulunuşu bir şüphe doğurmaktadır. Şüphe ise had uygulanmasına mani olur.

Şayet çalınan mal, hırsızın hakkının aksi cinsten olursa, meselâ on dirhem alacağı varken bir dinar veya ticarî bir mal çalsa, İmam el-Kerhî'nin de zikrettiği gibi el kesme cezasına çarptırılır. Çünkü alma hakkı bulunmayan bir malı çalmıştır. Kitabu's-Serîka bölümünde bu durumda elinin kesilmeyeceği de zikredilmiştir ki İmam Ebu Yûsuf ve İmam Şafiî'nin görüşleri de böyledir. (1)

İbni Abidin şöyle der: Alacaklının borçluya ait olup kendi hakkı cinsinden bulunmayan bir şeyi almasının caiz olmaması onların yani mütekaddim Hanefî alimleri zamanında insanların hukuka baş eğip riayet etmeleri sebebiyle idi. Günümüzde ise fetva, hangi malından olursa olsun imkân bulunduğu zaman borçludan alacağını almanın caiz olduğu, şeklindedir; özellikle devamlı bir şekilde hakkın çiğnendiği diyarımızda hüküm böyledir. (2)

f) Mushaf-ı Şerif'i çalmak: Kur'an-ı Kerim'i çalanın eli kesilmez. Çünkü onun alınmasının Kur'an-ı Kerim'i okumak niyetiyle alınmış olması gibi bir tev'ili (yorumu) vardır. Hanbelîlerin görüşü de böyledir. Mâlikî ve Şafiîler ile İmam Ebu Yûsuf'a göre ise Mushafı çalması sebebiyle hırsızın eli kesilir. Zira Mushaf da kıymet takdir olunan bir maldır. Şafiîler esah olan görüşlerine göre okunmak üzere vakfedilmiş olan Mushaf hırsızlığını bu hükümden hariç tutmuşlardır. Beytülmâlden mal çalma durumunda olduğu gibi bir şüphe mevcut olduğu için böyle bir Mushafı çalan hırsızın da eli kesilmez. (3)

g) Davul, zurna, haç, tavla, satranç ve bütün eğlence aletlerini çalan hırsızın da eli kesilmez. Çünkü hırsız, onları almakla sahiplerini günahtan korumak, kötülükten alıkoymak istediği gibi bir tevil (yorum) imkânına sahiptir.

7- Hırsızın çalınan malda mülkiyeti, mülkiyet tevili (yorumu) yapabilecek bir yönü bulunmamalı:

Üzerinde ittifak edilmiş bu şartın ileri sürülmesine sebep yukarıdaki şartta zikrettiğimiz hususlardır. Yani öyle bir durumda suç tam sayılamayacağından tam bir

1- *Fethu'l-Kadîr*, IV, 236; *Muğnî'l-Muhtâc*, IV, 162; *el-Mühezzeb*, II, 282.
2- *Reddü'l-Muhtâr*, III, 220.
3- *el-Muğnî*, VIII, 247; *Gâyetü'l-Müntehâ*, III, 337; *el-Mebsût*, IX, 152; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, III, 218 Muğnî'l-Muhtâc, IV, 163; *Tekmiletü'l-Mecmû'*, XVIII, 337; *el-Kavânîn'l-Fıkhıyye*, 359.

cezayı da gerektirmez. Bundan şöyle fer'î hükümler ortaya çıkar: Hırsız ödünç verdiği, rehin bıraktığı, başkasına kiraladığı bir malı çaldığı takdirde eli kesilmez. Çünkü mal onun kendi mülküdür. Kendisi ile malın kendinden çalındığı şahıs arasında ortak bulunan bir malı çalması sebebiyle eli kesilmez. Zira hırsızın o malda hakkı vardır. Aynı şekilde oğlu-torunu ve aşağıya doğru giden evladının malını çaldığı zaman da eli kesilmez. Çünkü: "*Sen ve senin malın babana aittir.*" hadisine göre evladın malında mülkiyet tevili veya mülkiyet şüphesi bulunmaktadır.

Yine baba, dede, onun babası gibi usul sayılanlara ait malı çalmasından dolayı da hırsızın eli kesilmez. Çünkü onların hırz'ına girme hususunda evlat ile baba-dede arasında bir tekellüfsüzlük, samimilik vardır. [1] Yani nesebinin belkemiği yani aslı olan şahısların malını çalmaktan dolayı hırsızın eli kesilmez.

Beytülmâlden çalan hırsızın da eli kesilmez. Çünkü orası kamuya ait bir maldır. Onun da orada mülkiyet ve hakkı bulunmaktadır. Bu hükmün delili de Hz. Ömer (r.a.)'in beytülmâlden mal çalan hırsızın elini kesmemesidir. Valilerden birisi Hz. Ömer'e mektup yazıp beytülmalden mal çalan bir hırsızın hükmünü sorduğunda Hz. Ömer şu cevabı vermişti: "*Onun elini kesme. Çünkü beytülmâlde hakkı olmayan bir kimse yoktur.*" Şa'bî'nin rivayetine göre bir adam beytülmalden mal çalmıştı ve durum Hz. Ali (r.a.)'ye arzedilmişti. Hz. Ali ise: "*Onun da orada hissesi vardır.*" cevabını vermiş, elini kesmemişti.

Şayet bir zimmî beytülmâlden mal çalarsa eli kesilir. Çünkü onun orada hakkı bulunmamaktadır. Bir fakir, fukaraya tahsis edilmiş bir vakfın ürününden çalsa eli kesilmez. Çünkü onun da orada hakkı vardır. Ama bir zengin o vakıftan çalsa eli kesilir, zira onun orada hakkı yoktur.

Netice olarak, "*Şüphe bulunduğu takdirde mümkün mertebe hadleri kaldırınız.*" hadis-i şerifi gereği mülkiyet şüphesi bulunan yerlerde el kesilmez. Bu hanefî, Şafiî ve Hanbelîlerin görüşüdür.

Malikîlere göre ise, hırsızın elinin kesilmesinin icap ettiğini gösteren Kur'ân-ı Kerim ayetinin genel manası gereği olarak hırsızın eli kesilir. [2]

1- *el-Bedâyi'*, VII, 70; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 237.

2- *Fethu'l-Kadîr*, IV, 235; *el-Muğnî*, VIII, 277; *Gâyetü'l-Müntehâ*, III, 341; *el-Mühezzeb*, II, 281; *el-Mebsût*, IX, 188; *Haşiyetu İbni Âbidîn*, III, 220; *Muğnî'l-Muhtâc*, IV, 163.
Şafiîlere göre İmam Nevevî'nin de tercih ettiği beytülmâlden hırsızlık yapmak hususuyla ilgili şöyle bir ayrıntı vardır: Bir kişi beytülmâlden çaldığı malı kendisi dışında akraba ve yoksullar gibi bir topluluğa dağıtsa eli kesilir. Çünkü onunla ilgili bu hususta şüphe bulunmamaktadır. Eğer bir topluluğa dağıtmaz ise esah olan görüşe göre meselâ kendisi yoksul olsa ve çalınan şeyde onun da hakkı bulunsa (kamu yararına ait mallar ve sadakada olduğu gibi) eli kesilmez. Eğer onun hakkı bulunmazsa şüphe ortadan kalktığı için eli kesilir.

8- Hırsıza, malın korunduğu hırz'a girme izni verilmiş olmamalı, veya izin şüphesi bulunmamalıdır:

Bir insan mahrem bir akrabası (mahrem zî-rahim) (1) veya zevcesinin malını çalsa eli kesilmez. Çünkü bunların yanına izin almadan girmektedir. Genel olarak karı-koca arasında mal hususunda rahat ve tekellüfsüzce davranış görülür. Dolayısıyla burada da malı kullanma bakımından izin verildiği şüphesi bulunmaktadır. Tam olarak hırz manası teşekkül etmemiş demektir. Esas itibariyle bu şart üzerinde ittifak vardır.

Aynı şekilde hizmetçi hizmet ettiği insanların, misafir kendisini misafir edenlerin mallarını çalsa, işçi girmesine izin verilen yerden alarak hırsızlık yapsa elleri kesilmez. çünkü oralara girmesi için kendilerine izin verilmiş olması o yerleri bunlar hakkında hırz olmaktan çıkarmıştır. (2) Bu hususta dört mezhep ittifak etmişlerdir. Ancak İmam Malik hizmetçinin üzerinden had cezası düşmesi için hizmeti bizzat yapmasını şart görmüştür.

İmam Ahmed kendisinden nakledilen bir rivayete göre, karı-kocanın birbirinin malını çalması halinde ellerinin kesilmeyeceği hususunda İmam Ebu Hanife'yle aynı görüştedir.

Şafiîlerde azhar olan görüşe göre, bir şahıs baba-oğul gibi usul ve fürû akrabalığı dışındaki akrabalarına ait bir malı çalarsa, karı-kocadan biri diğerinin malından hırsızlık yaparsa, mal eğer hırsıza karşı hırz (koruma) altına alınmış bulunuyor idiyse eli kesilir. Çünkü hırsızlık ile ilgili ayet ve haberlerin manası geneldir. Kızkardeş ve hala gibi yakın akrabalık da uzak olan akrabalığa dahil sayılır. Nikâh da bir menfaat üzerine yapılmış bir akit olup haddin düşürülmesine etkisi yoktur. Tıpkı kiraya verme akdinde, kiracı veya kiralayandan birinin diğerinin hırz'da bulunan malını çalması halinde hırsızdan haddin düşmemesi gibidir. (3)

İmam Malik, karı-koca arasında meydana gelen hırsızlık olayında el kesilece-

1- *Mahrem zî-rahim* onunla diğerinden biri erkek, öbürü kadın kabul edildiği takdirde evlenmeleri caiz olmayan yakın derecedeki akrabalar demektir.

2- *el-Bedâyi'*, VII, 70, 75; *el-Mebsût*, IX, 151; *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 220, 222; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, III, 221; *el-Mühezzeb*, II, 280; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye*, 359.

3- *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 162. Şafiîler, kocasının malından çaldığında zevcenin elini kesmenin vacip olması hükmünün, hırsızlık sırasında zevcenin koca üzerinde hiçbir alacak hakkına sahip olmaması durumunda geçerli olacağına dikkat çekmişlerdir. Ancak zevce o sırada nafaka ve süknâ (oturma) hakkı gibi bir hakka sahip ise, hakkını tahsil etmek maksadıyla aldığında el kesme cezasına çarptırılmaması gerekir. Bu vadesi gelmiş alacağın sahibi olan bir şahsın borçludan nisap miktarı bir şeyi çalmasına benzemektedir. İmam Şafiî *el-Ümm*'de, (VI, 139) şüphe bulunması sebebiyle mutlak olarak el kesilmemesi görüşüne daha çok eğilim gösterir. İmam Malik, *Muvatta*'da (III, 53) diyor ki: Karı-kocadan biri, diğerinin sadece kendisine mahsus olup beraberce kalmadıkları bir ev gibi hırz sayılan yerinden yahut ona karşı muhafaza ettiği bir yerden çalsa eli kesilir. İmam Ahmed'den bu hususta iki rivayet vardır *el-Muğnî*, VIII, 286: Birisi İmam Ebu Hanife'nin mezhebi gibi elinin kesilmeyeceği, diğeri İmam Malikin mezhebi gibi elin kesileceği şeklindedir.

ği hükmünde İmam Şafiî'nin kanaatindedir. Makul olan görüş ise birincisidir. Çünkü akrabalar arasında genel olarak birbirinin malını alma hususunda müsamaha ve rahatlık vardır.

9- Çalınan malın kendisinin çalınması asıl maksat olmalı, asıl maksada tabi durumda bulunmamalıdır:

Bir insan boynunda altın veya gümüşten yapılma bir tasma, halka bulunan bir köpeği ya da kediyi, veya altın ve yakutla süslenmiş bir Mushafı yahut üzerinde ziynet eşyası, ipek elbise bulunan hür bir çocuğu, yahut içinde su, içecek, ya da yiyecek bulunan altın veya gümüşten yapılma bir kabı çalacak olsa, İmam Ebu Hanife, İmam Muhammed, İmam Ahmed ve Şafiîlerde bir görüşe göre eli kesilmez. Zira asıl çalınma maksadı güdülen, örneklerdeki sırasıyla köpek, Mushaf, çocuk, içecek ve yiyecektir, diğerleri bunlara tabidir. Asıl çalınmak istenenler sebebiyle mal olma yönünden kusurlu bulunduğu için el kesme cezası icap etmediğine göre tabi durumdaki şeyler sebebiyle de icap etmez.

İmam Ebu Yusuf ve Şafiîlerdeki başka bir görüşe göre bu şart değildir. Çünkü hırsız asıl çalmak istediğini üstündekileri de çalmayı da murat etmiştir. Meselâ kap ve benzerinin içindeki yiyecek kendisi sebebiyle el kesilmeyecek cinsten ise yok hükmüne girer. Dolayısıyla sadece kap alınmış sayılır ve o yüzden el kesilmiş olur.[1]

Hırsızlığın, kendisinden dolayı el kesilen ve kesilmeyen şeylere şamil olması hususunda şüphe bulunmasa bu görüş bana daha makul geliyor.

Malı çalınan kişide (mesrukunminh) aranan şartlar:

Malı çalınan şahsın malda yed-i sahiha'sının bulunması (yani malın, sahih bir yolla elinin altında olması) şarttır. Yed-i sahiha ise üç türlüdür:

1- Mülkiyet yoluyla,

2- Emanet yoluyla (vedî, ödünç alan, mudarebe ortaklığında malı çalıştıran şahısların eli gibi),

3- Tazminat yoluyla (gâsıp, sevm-i şirada malı elinde tutan ve rehin alan kimselerin eli gibi) el altında bulundurma şekilleri.

Böyle şahısların elinden malı çalan hırsızın elinin kesilmesi icap eder. Malı başka bir hırsızdan çalan hırsızın eli kesilmez. Çünkü bir hırsızın eli yed-i sahiha değildir. Malı ondan almak yoldan almak gibidir. [2]

Mesrukunfîh'te (malın çalındığı yerde) aranan şartlar:

Malın dar-ı adl'de (İslâm hükümlerinin tatbik edildiği yerlerde) olması şarttır.

1- *el-Bedâyi'*, VII, 79; *el-Mühezzeb*, II, 281.
2- *el-Bedâyi'*, VII, 80.

Dâr-ı harp veya dâr-ı bağy (İslâm devletine isyân edenlerin hâkimiyeti altındaki yerler)'de çalan hırsızın eli kesilmez. Çünkü müslümanların imamının dâr-ı adl dışında velâyet ve otoritesi yoktur, el kesmeyi icap ettiren bir hırsızlık olayı meydana gelmez. (1)

3. Hırsızlığın İspatı

Hırsızlık hakimin huzurunda iki şeyden biri ile ispat edilir: Beyyine (delil) veya ikrar (itiraf).

Beyyinenin şartları: (2)

Beyyinenin kabul edilmesi için "Şehadetler" kısmında gösterilecek genel şartlar ile hadler ve kısas konusunda geçen özel şartlar lâzımdır. Bu şartlar şunlardır:

1- Erkek olmak: Hırsızlığın ispatı hususunda kadınların şahitliği kabul edilmez.

2- Adaletli olmak: Bu hususta fasık ve facir kişilerin şahitliği kabul edilmez.

3- Asıl şahidin bulunması: Şüphe bulunması sebebiyle başka bir şahitliğe dayanarak yapılan şahitlik kabul edilmez.

4- Tekadüm (zaman aşımı) olmaması : Sadece kazf ve kısas hadlerinde zaman geçmesine itibar olunmaz. Şüphe bulunduğu için hırsızlık hakkında bir müddet sonra eda edilen şehadet kabul edilmez.

5- Malı sahih bir yolla eli altında bulunduran tarafından davada bulunulması (husumet): Yani dava eden malın maliki olmalı veya emanet yahut tazminat yoluyla malı eli altında bulundurmalıdır. Şahitler bir şahsın gaip bir kişiye ait malı çaldığına, malı çalınan tarafından dava açılmaksızın şahitlik etseler, şehadetleri kabul edilmez. Ancak hırsız hapsedilir. Çünkü onların şahitliği hırsız hakkında bir töhmet doğurmuştur. Töhmet sebebiyle bir şahsın hapsedilmesi caizdir.

Görülüyor ki Hanefîlerin çoğunluğuna göre, çalınan malı geri alma ve sahiplerine iade etme yetkisinin sabit olması ile el kesme cezası hakkında dava etme hakkı, malı sahih bir yolla eli altında bulunduran kimseye ait olmaktadır. Çünkü mal sahibi, kendisine emanet verilen ve malı tazmin eden şahıslar sahih bir yolla malı ellerinde tutmaktadırlar. Husumet (dava açma), hırsızlığı ortaya çıkarır. Hırsızlık, bu gibi şahısların dava açmasıyla ortaya çıkınca: *"Erkek hırsız ile kadın hırsızın ellerini kesin."* ayet-i kerimesi gereği hırsızın eli kesilir.

1- a.g.e.
2- *el-Mebsût*, IX, 169; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 223, 252; *el-Bedâyi'*, VII, 81; *Tebyînu'l-Hakâik* III, 213 *Hâşiyetu İbni Âbidîn*, III, 213; *Gâyetü'l-Müntehâ*, III, 342.

İmam Züfer'e göre ise malın sahibinden başkasının el kesilmesi hakkında dava açmasına itibar olunmaz. Kendisine mal emanet edilen veya malı tazmin eden kişinin dava etmesi sebebiyle hırsızın eli kesilmez. Çünkü malikten başkasının eli, asıl olarak malı tutan el (yed-i sahiha) değildir. Onların dava etme yetkisi, malı sahibine iade etme imkânı olduğu için sabit sayılır. Bu da zaruret sebebiyledir. Zaruret sebebiyle sabit olmuş bir şey zaruret sınırının ötesinde yok hükmündedir. Çünkü sabit oluşun illeti olan zaruret bulunmamaktadır.

Hanefîlerin ittifakıyla ikinci hırsızın elinin kesilmesi hakkında ilk hırsızın açacağı dava itibara alınmaz. Çünkü ilk hırsız, ne mülkiyet ne tazmin ve ne de emanet yoluyla malı elinde bulundurmuştur. Onun elinden alınması yerden alınması gibi olmuştur. Malı geri alma hakkı ile ilgili olarak ise iki rivayet vardır. Birincisine göre ilk hırsızın malı ikinci hırsızdan geri alma hakkı vardır. Çünkü mal sahibinin tazminatı tercih ederek el kesme cezasını terketmesi caizdir. O takdirde ilk hırsız, tazminattan kurtulmak için çalınan malı ikinci hırsızdan geri alıp sahibine verme ihtiyacında olabilir. İkinci rivayet ise, sahih bir yolla malı elinde bulundurmadığı için onu geri alamayacağı şeklindedir. (1)

Şafiîler ve iki rivayetten azhar olanına göre Hanbelîlerin, el kesme haddinde malı çalınan şahsın talebine ihtiyaç bulunduğu hususunda Hanefîlerin görüşünü paylaştıkları görülmektedir. Onlara göre, hırsızlık haddinin kul hakkı olduğu tarafı ağır basmaktadır. (2)

İmam Malik, toplumun ve insanların hakkını korumak gerektiği için malı çalınan kişinin talebine ihtiyaç olmadığını söylemiştir. (3)

Hırsızlık, davalının hakim huzurunda yemin etmeye yanaşmaması (nükûlü) ile sabit olamayacağı gibi hakimliği esnasında veya daha öncesinde hakimin bildiklerine dayanarak da sabit olmaz.

İkrarın şartları:

Hırsızlık, hırsızın hakimin huzurunda ikrar etmesiyle de ortaya çıkar. Çünkü insan kendi aleyhine zararına olacak bir şeyi ikrar etme bakımından töhmet altında olamaz. El kesme cezası verilmesi için İmam Ebu Hanife, İmam Muhammed ve alimlerin çoğunluğuna göre bir defa ikrar yeterlidir.

İmam Ebu Yûsuf ile Hanbelîlere göre şahitlerin sayısı iki olduğu gibi ancak iki defa ikrar ile el kesme cezası verilir.

İmam Ebu Hanife ile Muhammed'e göre malı çalınan kişi tarafından dava açılması şarttır. Malı çalınan gelip dava etmedikçe, hırsızın gaip bir şahsın malını çal-

1- *el-Bedâyi'*, VII, 83-84; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 255 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik* III, 228.
2- *el-Mühezzeb*, II, 282 vd.; *el-Muğnî*, VIII, 273; *Gâyetü'l-Müntehâ*, III, 342.
3- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 443.

dığını ikrar etmesi sebebiyle eli kesilmez. Nitekim bu nokta beyyine (delil) bahsinde söylenmişti.

İmam Ebu Yûsuf'a göre hırsızlığı ikrar etme hususunda el kesme cezasının icap etmesi için dava açılmış olması şart değildir. Çünkü insan kendi aleyhine itham olunamaz. (1)

4. İcap Etmesinden Sonra Haddi Düşüren Şeyler

Şunlar ile had düşer: (2)

1- Malı çalınan şahıs tarafından hırsızlık yaptığını ikrar eden hırsızın meselâ: "Benden çalmadı." diyerek yalanlanması.

2- Malı çalınan şahsın: "Şahitlerim yalan yere şahitlik ettiler." diyerek beyyineyi (delili) yalanlaması.

3- Hırsızın hırsızlık yaptığına dair yaptığı ikrardan dönmesi durumunda eli kesilmez, sadece malı tazmin eder. Çünkü hadlerde ikrardan dönme kabul edilir, mallarda kabul edilmez. Zira ikrardan dönme ikrar hakkında şüphe doğurur. Şüphe bulunması durumunda mal düşmez ama had düşer.

4- İmam Ebu Hanife ile Muhammed ve Ebu Yusuf'tan gelen bir rivayete göre hırsızlık hakkında dava açılmadan önce hırsız çalınan malı sahibine geri verirse had düşer. Ebu Yûsuf'tan gelen diğer bir rivayete göre dava açılmadan önce malı geri vermek haddi düşürmez. Çünkü hırsızlık olayı el kesmeyi icap ettirecek şekilde gerçekleştirmiş, ondan sonra çalınan malı geri vermek mevcut hırsızlık durumunu ihlâl etmez, değiştirmez.

Bu hükmün delili şudur: Hakimin huzurunda hırsızlık suçunun ortaya çıkması için husumet (dava açılması) şarttır. Çalınan mal sahibine geri verilince husumet iptal olunmaktadır. Fakat mesele hakime götürüldükten sonra durum böyle değildir. Çünkü matlup olan husumetin mevcut olmasıdır, devam etmesi değildir. Buna göre, mesele hakime götürülüp beyyine (delil) dinlendikten sonra çalınan malın geri verilmesi el kesme cezasını düşürmez. Geri verme dava hükme bağlanmadan önce veya sonra olsun, hüküm aynıdır.

5- Hırsızın durum mahkemeye intikal etmeden önce çalınan mala malik olması da haddi düşürür. Bunda ilim ehli arasında görüş ayrılığı yoktur. Fakat verilen hükmün infaz edilmesinden (imzâü'l-kazâ) önce sahip olması durumunda fakihler değişik görüşler beyan etmişlerdir: İmam Ebu Hanife ile Muhammed'e göre had düşer. Meselâ, çalınan malı sahibi, mesele mahkemeye varmadan veya varsa da henüz hakim kararı çıkmadan önce hırsıza satsa veya hibe etse durum böyledir.

1- Yukarda geçen Hanefî kaynakları; *el-Mebsût,* IX, 182; *el-Mühezzeb,* II, 282; *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 361; *Gâyetu'l-Müntehâ,* III, 342.

2- *el-Bedâyi',* VII, 88 vd.; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 255 vd. *Tebyînü'l-Hakâik,* III, 229 vd.

Ebu Yûsuf, Şafiî, Ahmed ve Malik'e göre, mesele hakime götürüldükten sonra çalınan malı sahibi hibe etse el kesme cezası düşmez. Çünkü, *"Resul-i Ekrem (a.s.) Safvan'ın ridasını (hırkasını) çalan hırsızın elinin kesilmesini emretmişti. Safvân: Ben böyle olmasını istemedim, rida ona sadaka olsun, deyince, Resulullah (a.s.): "Onu bana getirmeden önce böyle yapaydın ya!.." buyurmuştu.* [1]

İmam Ebu Hanife ile Muhammed'in delili: Hibede mülkiyet malı kabzetme vaktinden itibaren sabit olur, o vakitten itibaren onun mülkiyeti ortaya çıkar. Yani hibenin etkisi geriye (malın çalındığı vakte) doğru görülür. Gerçek olarak ya da bir şüphe bulunmakla beraber çalınan malın hırsıza ait bir mülk oluşu el kesme cezasına mani olur. Onun için hakime götürülmeden önce bu ortaya çıkmışsa el kesilmez. Götürüldükten sonra da durum aynıdır. Çünkü hadler babında meselenin hakime intikal etmesi imzâ (infâz, tatbik) edilmesi demektir. Had henüz fiilî olarak suçlu üzerine uygulanmamışsa mesele sanki hakime götürülmemiş gibidir. Götürülmemiş olsaydı (hibeden sonra) eli kesilmeyecekti. İşte hüküm, imza (infâz) edilmediği takdirde de el kesilmez. Yani onlar haddin uygulanmadan önceki durumunu muteber saymaktadırlar. Tıpkı had cezası hükmü verilmeden önceki durum gibi kabul etmektedirler.

1- *el-Mühezzeb,* II, 282; *el-Bedâyi',* VII, 89, *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 337; *el-Münteka ale'l-Muvatta* VII, 162. Hadisi İbni Abbas'tan *Sünen* musannifleri rivayet etmiştir.

HIRABE (YOL KESİCİLİK) HADDİ ve BÂĞÎLERİN HÜKMÜ

Hadlerin dördüncü çeşidi hırâbe haddidir. Aralarında benzerlik bulunduğu için burada yol kesme ile beraber bâğîlerin hükmünü de ele alacağız.

Yol kesiciler, bir tevile yani kendilerince doğru görülen bir delil ve sebebe dayanmaksızın, bâğîler (meşru İslâm devletine isyan edenler) ise bir tevile dayanarak harp ederler.

Hanefîler hırâbe (yol kesicilik) haddini hırsızlık haddine ilhak ve ilâve ederler. Çünkü yol kesmek sirkat-i kübra (büyük hırsızlık) diye isimlendirilir. Fakat mutlak anlamda bir hırsızlık değildir. Zira hırsızlık, hemen zihne geliverdiği kadarıyla bir malı gizlice almaktır. İmam (İslâm devlet başkanı) veya yolu korumakla görevli olanlardan gizli olarak işlenmesi sebebiyle de mecâz yoluyla yol kesmeye hırsızlık ismi verilmiştir.

"Büyük hırsızlık" denmesinin sebebi şudur: Yol kesmede mal sahiplerine ve genel olarak insanlara zarar verilmektedir. O yüzden verilen had cezası da tağlîz edilir, ağırlaştırılır. Küçük hırsızlık (sirkat-i suğra) denilen adi hırsızlıkta ise ceza nispeten daha hafiftir. Çünkü bu tür hırsızlıkta, mallarını almak ve malı koruduktan hırz'a tecavüz etmek sebebiyle sadece mal sahiplerine zarar verilmektedir. [1]

1. Yol Kesicilerin (Kuttâu't-tarîkin) Tarifi, Yol Kesmenin Rüknü

Tarifi: Yol kesici (kâtıu't-tarîk) yahut muhârib yol kesme fiilini işlemeden önce kanının dökülmesi yasak olan bir müslüman yahut zimmîdir. Yol kesme haddinin meşru olduğunu gösteren delil Allah teâlâ'nın şu emridir: *"Allah'a ve Resulüne (müminlere) harp açanların, yeryüzünde (yol kesmek suretiyle) fesatçılığa koşan-*

1- *Fethu'l-Kadîr*, IV, 268.

ların cezası, ancak öldürülmeleri veya asılmaları, yahut (sağ) elleriyle (sol) ayalarının çaprazlarına kesilmesi, yahut da bulundukları yerden sürülmeleridir." (Mâide, 33)

Alimler, adam öldürüp malı alan kişiye had cezası uygulanmasının icap ettiği hususunda ittifak etmişlerdir. Adi bir cinayet olayının aksine yol kesme esnasında ölen ve malı alınan kişinin velisinin affı ile bu ceza düşmez.

İbnu'l-Münzir: "Kendilerinden ilim aldığımız herkes bu hususta icma etmiştir." demiştir.

O halde hırâbe, genel olarak yardım isteme imkânı bulunmayacak bir şekilde malı almayı hedefleyen her bir fiilin adıdır. [1]

Yol kesmenin rüknü: [2] Rüknü, mallarını ellerinden tağallüben (zor kullanarak) almak için yola devam etmelerine imkân kalmayacak ve yol kesilecek şekilde yolcuların yolunu tutmaktır. Yol kesme kuvvetine sahip olduktan sonra yolu kesen bir grup veya tek kişi olsun durum değişmez. Yol kesme işi ister silahla isterse sopa, taş, tahta vb. şeylerle yapılsın, ister yol kesicilerin hepsinin katılmasıyla isterse bazılarının yardım etmek, malı almak şeklinde sebep olmasıyla yapılsın farketmez. Çünkü hırsızlıkta olduğu gibi bütün bu sayılanlar ile yol kesme fiili gerçekleşir. Zaten yol kesicilerin âdeti de böyledir. [3] Böylece yol kesicilerin, yolcuların direnemeyecekleri şekilde güç ve kudret sahibi, silah ve başka araçlarla yol kesme maksadını güden bir topluluk olduğu hususu ortaya çıkmaktadır.

2. Yol Kesme Suçunun Oluşmasının Şartları

Yol kesicinin akıllı ve bülûğa ermiş olması şarttır. Çocuk veya deliller hakkında had cezası lâzım gelmez. Çünkü had, ortada bir cinayet bulunmasını gerektiren bir cezadır. Çocuk veya delinin yaptığı da cinayet olarak vasfedilemez.

İmam Ebu Hanîfe'den gelen *zahiru'r-rivâyeye* göre yol kesicinin erkek olması şarttır. Yol kesiciler arasında bir kadın bulunsa meşhur rivayete göre ona had cezası uygulanmaz. Çünkü muharebe ve tağallüb yoluyla yolcuların önüne çıkma rüknü genellikle kadınlar tarafından tahakkuk etmez. Çünkü onların gönülleri hassas, bünyeleri zayıftır, harp ehli sayılmazlar.

1- *el-Mîzân*,II, 168, *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 445; *Hâşiyetü'd-Desukî,* IV, 350; *el-Mühezzeb,* II, 284 *Muğnî'l-Muhtâc,* IV, 183; *el-Muğnî,* VIII, 290.

2- *Tebsıratu'l-Hukkâm fî-Usuli'l-Akdıyeti ve'l-Ahkâm,* (İbni Ferhûn), II, 271.

3- el-Bedâyi', VII, 90 vd.; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 268; *el-Mebsût,* IX, 195.

Malikilere göre muharib (yol kesen), şehirde olsun sahra gibi yerlerde olsun silah çekip yol kesen ve insanları soymayı kasteden şahıs demektir. Geceleyin bir eve girip zorla malı alan ve yardım istenmesine mani olan da muharip sayılır, baskın yaparak adam öldüren de. Pusu kurmak, kılavuzluk yapmak gibi işlerle muhariplere yardımcı olanlar da Malikîlere göre aynı hükümdedirler. *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 362.

İmam Tahavî'ye göre yol kesme bakımından kadınlar ve erkekler eşittir. Çünkü bu, icap etmesi yönünden erkek ile kadının eşit olduğu diğer hadler gibi bir haddir. Diğer mezheplerin açıklaması ileride gelecektir.

Kadınlar ile beraber bulunan erkeklere gelince: Bunlar hakkında da İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed'e göre had uygulanamaz. İster kadınlar ile birlikte yol kesme işine bilfiil katılsın ister katılmasınlar farketmez. Çünkü haddi icap ettiren sebep tek bir şeydir. O da yol kesme olayıdır. Bu olay da kendisine had icap eden ve etmeyen şahıslar tarafından meydana getirilmiştir. Aralarında çocuk veya deli bulunması durumunda olduğu gibi burada da diğerleri hakkında had icap etmez.

İmam Ebu Yûsuf çocuk ile kadın arasında fark gözetmiş ve: "Çocuk bilfiil katılırsa, bilfiil katılmayan diğer mükellef kişiler hakkında had lâzım gelmez." demiştir.

Kadın bilfiil katıldığı takdirde erkeklere had uygulanır. Kadına had uygulanmama sebebi kadının, kendisine ceza verilmesi ihleyite olmayışından değildir. Aksine kadın da mükellef şahıstır. Asıl sebep kadının muharip sayılmayışı veya bu yönden erkeğe göre gencllikle eksik vasıfları bulunmasıdır. Erkekler hakkında böyle bir durum söz konusu olmadığından bunlara had cezası uygulama imkânı ortadan kalkmaz. (1)

Cumhur ile kadın ile erkek arasında ayırım yapmaz. Devletin hükümlerini kabullenmiş bütün mükellef kişilere kadın bile olsa insanların silah ve başka âletlerle yolunu kesip muhterem bir malı mücaheretten (aşikâre olarak) gaspettiklerinde, hırâbe haddi uygulanır. (2)

Yolu kesilen (maktuunaleyh) kişiye ait şartlar:

Yolu kesilen şahısta iki şart aranır:

a) Müslüman veya zimmî olmalıdır. Eğer müstemen (kendisine emân, vize verilmiş) bir harbî şahıs olursa yol kesiciye had uygulanmaz. Çünkü müstemen kişinin malının dokunulmazlığı mutlak manada değildir. Onun malında mübahlık şüphesi de bulunmaktadır.

b) Mal sahih bir yolla yolu kesilenin elinde bulunmuş olmalıdır. Bu da mülkiyet, emanet veya tazminat yoluyla olur. Eğer böyle değilse, meselâ hırsızın elinde bulunan mal gibi, o zaman yol kesiciye had cezası verilmez. (3)

Yol kesen ile yolu kesilende aynı olan şartlar:

Yol kesiciler ile yolu kesilenler arasında mahrem bir akrabalık bulunmaması

1- *el-Bedayi',* VII, 91; *el-Mebsût,* IX, 197; *Muhtasaru't-Tahâvî,* 277.
2- *Gâyetu'l-Müntehâ,* III, 344; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 362; *el-Mühezzeb,* II, 284.
3- *el-Bedâyi',* VII, 91.

şarttır. Eğer yol kesenlerden biri, yolukesilenlerden birinin mahrem akrabası olursa, yol kesenlere had cezası lâzım gelmez. Çünkü aralarında yolu kesilen şahıslara akraba olan biri bulunmaktadır. Hadde engel olan sebep şudur: Genel olarak yolu kesilen ile bu akraba arasında mal, ve malın korunduğu yer olan hırz bakımından bir müsamaha, teklifsizlik söz konusudur, âdete göre o malı almada zımnen bir izin bulunmaktadır.

Bu ve yol kesenin erkek olması, çocuk yahut delinin yol kesenlere iştirak etmemesi şartlarında Hanefîler ile diğer mezhepler arasında görüş ayrılığı vardır.

Açıkladığımız üzere Hanefîlere göre, yol kesenlerin hepsinin yabancı, mükellef ve erkek olması şarttır. Onlardan biri mahrem bir akraba veya çocuk yahut deli olursa İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed'e göre haklarında had lâzım gelmez. Çünkü had, ortada bir cinayet bulunmasını gerektiren bir cezadır, çocuk ve delinin yaptığı işe cinayet vasfı verilemez. Kadın ise zayıflığı sebebiyle genellikle yol kesme fiilini gerçekleştiremez.

İmam Ebu Yûsuf'a göre bilfiil yol kesmeye katılıp katılmama durumu göz önüne alınır. Kadın yol kesmeye bilfiil katılırsa yukarıda açıkladığımız üzere erkek hakkında had lâzım gelir, kadına lâzım gelmez. Kadın eğer birini öldürürse kendisi de had yoluyla değil kısas yoluyla öldürülür. O takdirde de ölenin velisinin kısastan onu affetmesi caiz olur.

Şayet çocuk veya deli yol kesmeye bilfiil katılırsa kimse hakkında had cezası lâzım gelmez. Eğer çocuk ve deli dışındakiler bilfiil yolu kesmiş ise akıllı ve baliğ olanlara had uygulanır, çocuk ve deliye had lâzım gelmez. Bu hükmün delili şudur: Yol kesme meselesinde asıl olan yolu kesme unsurudur, yardımcı olmak ise ona tabi olan bir husustur. Çocuk asıl unsur olan yol kesme fiilini işlemiştir. Asıl olanı işlediğinde kendisine had lâzım gelmediğine göre ona tabi olan bir şeyi yapınca nasıl had gereksin? Eğer bâliğ olan bir şahıs yol keserse asıl olanı yapmış olmaktadır. (1)

Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere göre, aralarında çocuk veya deli bulunması ya da içlerinden birinin yolu kesilenler arasında mahrem bir akrabası olması halinde diğer yol kesicilerden had cezası düşmez. Çünkü bunların bulunması bir şahsa mahsus bir şüphedir, o sebeple diğerlerinden had, bir kaç şahsın bir kadına cinsî tecavüzde bulunması durumunda olduğu gibi, düşmez.

Buna göre bilfiil öldürme ve malı alma işine katılsalar da çocuk ve deli hakkında had lâzım gelmez. Zira onlar kendilerine had uygulanması için gereken ehliyete sahip değillerdir. Fakat aldıkları malı, kendi mallarından tazmin etmeleri icap eder. Öldürdükleri şahsın diyetini de âkile yani asabe olan akrabalarının ödemesi

1- *el-Bedâyi'*, VII, 67, 91; *Fethu'l-Kadir*, IV, 273; *Tebyinü'l-Hakâik*, III, 239; *el-Mebsût*, IX 203.

lâzımdır.

Yol kesicilere katılmış olan kadın hakkında da hırâbe hükmü sabit olur. Çünkü hırsızlıkta ona da had cezası verilmektedir. Burada da erkek gibi muharebe (yol kesme) haddi hükmüne tabi olur. Eğer bir kimseyi öldürmüş ve mal almış ise o da had cezası yoluyla öldürülür. (1)

Yardımcının (Rid'in) Hükmü:

Alimlerin yol kesmeye yardımcı olan kişi hakkındaki görüşleri farklıdır:

Hanefî, Malikî ve Hanbelîlere göre yol kesiciler bir araya gelip bazısı bilfiil öldürme ve malı alma işini yapsa, diğer bazıları da yardımcı olsalar, bütün durumlarda yardımcılar hakkında da bilfiil muharebe edenlerin hükmü geçerlidir. Çünkü ortada muharebe (yol kesme) fiili bulunmaktadır. Buna bilfiil katılan ile yardımcı olanın durumu aynıdır.

Şafiîlere göre ise sadece sayılarını çoğaltan ve yardımcı hakkında had icap etmez. Bunlar, ancak hapis ve sürgüne göndermek gibi cezalar ile tazir olunur. Çünkü yol kesme işinin asıl önemli tarafı yardımcıya değil bilfiil muharebe edenlere dayanır. (2)

Alınan mala (maktuunlehe) ait şartlar:

Kendisi sebebiyle yol kesilen malda da, çalınan malda aranan şartlar aranır. Bunlar kısaca şu şekildedir: Alınan mal kıymet taşıyan tecavüze karşı korunmuş, hiç kimsenin alma yetkisi bulunmayan, kendisinde alınabileceği tevili veya şüphesi bulunmayan bir mal olmalıdır. Malın sahibi olmalı, yol kesenin o malda mülkiyet hakkı veya şüphesi bulunmamalıdır. Mal, mutlak olarak ihraz edilmiş (koruma altına alınmış)olmalı, mübahlık şüphesi bulunmamalıdır. Yol kesenlerden her birine on dirhem veya kıymeti düşecek şekilde tam olarak nisap miktarına ulaşmış olması da şarttır. (12)

Yol kesmenin geçtiği yere (maktuunfîhe) ait şartlar:

Bu hususta da üç şart aranır:

a) Yol kesme olayının geçtiği yer İslâm diyarında olmalıdır. Eğer dar-ı harpte olursa had icap etmez. Çünkü imamın (devlet başkanının) orada hakimiyeti ve haddi uygulama kudreti yoktur.

b) Mütekaddim Hanefî alimlerine göre yol kesme olayının şehir dışında olması lâzımdır. Şehir içinde yol kesme fiilinin gerçekleşmesi hususunda alimler farklı

9- *Hâşiyetü'd-Desukî,* IV, 348; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 180; *el-Mîzân,* II, 169; *el-Muğnî,* VIII, 297.
10- Adı geçen eserler; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 271; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 362.
11- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 182; *el-Mühezzeb,* II, 285.
12- *el-Bedâyi',* VII, 92.

görüşlere sahiptirler. İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed'e göre, yol kesme hükmünün sabit olabilmesi için olayın şehir dışında vuku bulması lâzımdır. Çünkü bu olayın meydana gelmesi yolun tamanmen kesilmesi durumunda olur. Yol, şehir ve köyler içinde tamamen kesilemez. Oralarda yolu kesilenlere çoğu kere insanlar yardım ederler. Şehirlerdeki yol kesme işi daha çok gasba benzer. Bunu yapan şahsa tazir cezası verilir, aldığını da hak sahibine geri verir. İstihsan delilinin gereğine göre hüküm böyledir. (1)

İmam Ebu Hanife'den gelen Zâhiru'r-rivaye budur. Fakat müftabih (fetvaya esas olan) görüş ise aşağıda açıklayacağımız görüştür.

İmam Ebu Yûsuf ile Malikî, Şafiî ve Hanbelilere göre ise yol kesme işi şehir içinde de dışında da aynı şekilde gerçekleşebilir. Ebu Yûsuf kıyasın muhtezasını (gereğini) delil olarak kullanmıştır. Yani haddi icap ettiren yol kesme sebebi gerçekleştiğine göre şehir dışında olduğu gibi içinde de had uygulanır.

İbni Abidin şöyle diyor: "Alimlerimiz fesatçı zorbaların şerlerini defetmek için, hırâbe (yol kesme)'nin gece ya da gündüz, silahlı veya silahsız şehir içinde meydana gelebileceği şeklindeki İmam Ebu Yûsuf'un rivayetine göre fetva vermişlerdir." (2)

Cumhur da buna benzer bir delil getiriyor ve şöyle diyor: Allah teâlâ'nın şeriati ile muharebe etme ve onun hadlerini çiğnemenin haramlığı hususu şehir içinde veya dışında olmakla değişmez. Bu da zina, şarap içme vb. diğer günah ve isyanlar gibidir. (3)

Ancak Şafiîlere göre yol kesenin başkasına galip gelecek şekilde güç ve kudret sahibi olması şarttır. Sayı şart değildir. Galip gelmek ise, meselâ bir şahsın "İmdat!" diye bağırmasına insanların cevap verebileceği mamur ve meskun bir bölgeden uzak olmakla mümkün olur. Şehirdeki hükümet kuvvetlerinin zayıf olması durumunda da yol kesici galebe sağlamış sayılır.

c) Şehir ile aralarında bir sefer müddeti kadar mesafe bulunması da şarttır. Eğer mesafe daha az ise yol kesici kabul edilmezler. Bu şart İmam Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göredir. İmam Ebu Yûsuf'a göre ise şart değildir. Yukarda hepsinin delilini ve fetvaya esas olanın Ebu Yûsuf'un görüşü olduğunu açıklamıştık. (4)

3.Yol Kesme Suçunun İspat Edilmesi

Yol kesme suçu hakimin huzurunda ya beyyine (delil) ile ya da ikrar ile ispat

1- a.g.e.; *el-Mebsût*, IX, 201; *el-Hidâye maa-Fethi'l-Kadîr*, IV, 273.
2- *Reddü'l-Muhtâr*, I, 815, III, 232, I, 815.
3- *Hâşiyetü'd-Desukî*, IV, 348; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 362; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 445; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 181; *el-Muğnî*, VIII, 287; *el-Mühezzeb*, II, 284.
4- *el-Bedâi'*, V, 92.

edilir. İspat, malı sahih bir yol ile elinde bulunduran şahıs (yed-i sahiha sahibi) tarafından dava açılmasından sonra olur. Hakimin bilmesi ve yemine yanaşmama (nükûl) ile ispat olunmaz. Nitekim bu hususları hırsızlık bahsinde anlattık. [1] Hanbelîler ile Ebu Yûsuf'a göre ikrarın iki defa tekrar edilmesi şarttır. [2]

4. Yol Kesicilere Ait Hükümler (Cezaları)

Yol kesme suçunun cezası hakkında alimlerin farklı görüşleri bulunmaktadır. Muharebe ayet-i kerimesinde (Maide, 33) bildirilen cezalar arasında tercih yapılabilir mi, yoksa bu cezalar yol kesenin cinayetinin miktarına göre mi tertibe konur?

Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlere göre yol kesicilere verilecek had cezası, yukarda geçen ayet-i kerimedeki tertibe göredir. Çünkü cezanın suç miktarına göre olması icap eder. Fakat alimler bu sıralamanın nasıl olacağı hakkında ihtilâf etmişlerdir.

Hanefîlere göre eğer malı almışlarsa sağ elleriyle sol ayakları çaprazlama kesilir. Eğer sadece yolcuları öldürmüşlerse onlar da öldürülürler. Eğer hem adam öldürmüş hem de malı almışlarsa İmam (devlet yetkilisi) muhayyerdir, dilerse çaprazlama el ve ayaklarını kestirir, sonra da onları öldürtür yahut astırır; dilerse el ve ayaklarını kestirmez, sadece öldürtür yahut astırır.

Kimseyi öldürmeden ve mal almadan sadece yolcuları korkutmuş olan sadece oralardan nefyedilir yani hapis veya tazir cezasına çarptırılırlar. [3]

Üçüncü durumla ilgili yani adam öldürüp malı da almaları durumuyla ilgili olarak söylediklerimiz İmam Ebu Hanife ve İmam Züfer'in görüşüdür.

İmameyn (Ebu Yûsuf ve Muhammed)'e göre ise müslümanların imamı, yol kesicinin el ve ayaklarının kesilmesine değil öldürülmesine yahut asılmasına hüküm verir. Zira cinayet, yani yol kesme olayı tektir, iki tane haddi icap ettirmez. Öldürme cezasından daha aşağı derecedeki hadler, öldürme cezasına dahil olur. Nitekim ilerde açıklanacağı üzere hırsızlık ile recm cezalarının bir araya gelmesi halinde de hüküm böyledir, sadece recm haddi cezası uygulanır.

İmam Ebu Hanife ile İmam Züfer'e göre cinayet her ne kadar tek ise de öldürme ile el ve ayağın kesilmesi de tek bir cezadır. Fakat sebebi ağır olduğu için, yani yol kesme suçu can ve mal güvenliğini birlikte ihlâl ettiğinden ağırlaştırılmış bir cezadır.

1- *el-Bedâyi',* V, 93; *Nükûl,* hakim tarafından yöneltilen yemin etmesi isteğine hasmın yanaşmaması demektir.

2- *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 344.

3- *el-Mebsût,* IX, 195; *el-Bedâyi',* VII, 93; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 270; *Tebyînu'l-Hakâik,* III, 235; *Muhtasaru't-Tahavî,* 276; *Hâşiyetü İbni Abidîn,* III, 233 vd.

Şafiî ve Hanbelîlere göre sadece malı almışlarsa elleri ve ayakları çaprazlama kesilir. Eğer malı almayıp yolcuları öldürmüşlerse öldürülürler, asma işlemi yapılmaz. Eğer hem öldürmüşler hem de malı almışlar ise öldürülürler (asılırlar). Şayet sadece insanları korkutmuşlarsa oradan sürgün edilirler. [1]

Bu sıralamayı yaparken dayandıkları delil, İbni Abbas'tan Ebu Bürde el-Eslemî'nin bu şekildeki kıssası ile ilgili gelen rivayettir. [2]Sadece üçüncü surette Hanefîler ile görüş farkları bulunmaktadır.

İmam Malik'e göre yol kesicilerin cezası hususunda karar, müslümanların imamı (devlet başkanı)'nın içtihat, kanaat ve fakihler ile meşveretine kalmıştır. umumun menfaatlerine uygun ve fesadı defedecek olan şekli seçer, bu durumda karar sadece imamın isteğine bağlı değildir.

a) Yol kesici sadece yolcuları korkutmuşsa, müslümanların imamı onu öldürmek; asmak, el ve ayağını çaprazlama kesmek yahut da sürgün etmek ve dövdürmek cezalarından birine aşağıdaki tafsilata göre çarptırma hususunda serbesttir.

Şayet muharebeye (yol kesmeye) kalkışan kimse görüş ve tedbiri yerinde, kuvvet sahibi birisi ise onun hakkında verilecek karar öldürülmesi veya asılmasıdır. Çünkü el ve ayağının kesilmesi şerrini defetmez. Eğer görüş ve tedbir sahibi bir kimse değil de güç ve kudretine dayanarak iş görebilecek takımdan ise el ve ayağının çaprazlama kesilmesini emreder. Şayet bu iki vasıftan hiçbirine malik bulunmazsa, bu husustaki en hafif cezaya çarptırılır ve devlet başkanı onu dövdürüp sonra da sürgün eder.

b) Eğer yol kesici, adam öldürmüşse mutlaka öldürülür. İmamın el ve ayağının kesilmesi yahut sürgün edilmesi hususunda muhayyerliği yoktur. Muhayyerlik öldürülmesi veya asılması hususundadır.

c) Eğer yol kesici, malı alıp kimseyi öldürmemiş ise imam öldürme, asma, el ve ayağını kesme yahut sürgün etme cezalarını verme hususunda serbesttir. Kendi isteğine uygun olanı değil, bu zikredilen cezalardan münasip ve menfaati sağlayıcı olanı tercih eder.

Çünkü İmam Malik'e göre muharebe (yol kesme) hükmünü bildiren ayet-i kerimede geçen "ev=yahut" manasındaki harf muhayyerlik ifade etmektedir. Yemin-

1- *el-Mühezzeb*, II, 284; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 81 vd. *el-Muğnî*, VIII, 288; *es-Siyâsetu'ş-Şer'iyye* 78.

2- Bu İmam Şafiî'nin *Müsned*'inde rivayet ettiği İbni Abbas'tan gelen bir *eser*'dir. İsnadında zayıf bir ravi olan İbrahim b. Muhammed Ebu Yahya bulunmaktadır. Beyhakî de: *"Allah ve Resulüne karşı harp açanlar..."* (Mâide, 33) ayetinin tefsîrinde İbni Abbas'tan *tahric* etmiştir. Ahmed b. Hanbel de tefsirinde Ebu Muaviye Haccac kanalıyla Atıyye'den benzer bir rivayette bulunmuştur. İmam Şafiî: "Bunların had cezaları, İbni Abbas'ın da dediği gibi yaptıklarına göre farklılık gösterir, inşâallah" demiştir. *et-Telhîsu'l-Habîr*, 358 vd.; *Neylü'l-Evtâr*, VII, 152.

le alâkalı olan: *"(Yemininizin) kefareti ailenize yedirmekte olduğunuzun orta derecesinden on yoksulu doyurmak veya onları giydirmek, yahut bir köle azat etmektir."* (Mâide, 89) ayet-i kerimesindeki muhayyerlik gibidir.

Cumhura göre "ev=yahut" harfi, çeşidi bildirmek için olup cezanın, cinayetin türüne göre olacağı mülahaza olunmaktadır.

Suçlunun nasıl asılacağı, bunun zamanı ve süresi:

İmam Ebu Yûsuf ile el-Kerhî'ye göre -ki Hanefîlerde esah olan, Malikîlerce de racih bulunan görüştür- yol kesici diri olarak asılır. Önce yere bir direk dikilir. Sonra direğin üst ve alt taraflarına genişçe birer tahta çakılır. Suçlunun elleri üstteki tahtaya, ayakları alttaki tahtaya gelecek şekilde bağlanır. Sonra asılı iken bir mızrak darbesi ile indirilmeden evvel öldürülür. Çünkü asmak, ağırlaştırılarak verilmesi meşru olan bir cezadır. Ancak diri olan şahsa ceza verilebilir, ölüye ceza verme imkânı bulunamaz. Asmak, hakkında yasak bulunan müsle (azalarını yaralayıp koparak işkence çektirmek) kabilinden de değildir. Çünkü müsle bazı uzuvları kesmek suretiyle yapılır. [1]

Malikîlerden Eşheb ile Şafiî ve Hanbelîlere, Hanefîlerden ise imam Tahavî'ye göre asma işlemi suçlu öldürüldükten sonra olur. Çünkü Allah teâlâ öldürmeyi, lafız olarak asmaktan önce zikretmiştir. Diri olarak asmakta bir çeşit işkence ve müsle yapılmış olmaktadır. [2] Halbuki Resul-i Ekrem (a.s.) müsleden ve hayvanlara eza vermekten bile nehyederek: *"Öldürdüğünüz zaman güzelce öldürün, hayvanı boğazladığınız zaman da güzelce boğazlayın."* [3] buyurmuştur. Öldürdükten sonra bir de asılmasından maksat suçluyu rüsvay etmek, herkesçe görülerek ibret alınıp diğer insanlara da gözdağı vermektir.

Asılı olarak bırakma süresi cumhura göre üç gündür; daha fazla bırakılmaz.

İmam Ahmed'e göre asılma denecek kadar asılı olarak bırakılır. İbni Kudame ise: "Sahih olan, el-Hırakî'nin tespit ettiği şekilde caninin durumu insanlar arasında iyice yayılıncaya kadar bir süre bırakmaktır." demiştir.

Nefiy (Sürgün etmek):

Hanefîlere göre nefyin manası hapsetmek demektir. Zira hapis, yaşıyorken

1- *el-Mebsût*, IX, 196; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 271; *el-Bedâyi'*, VII, 95.

2- Hanbelî ve Şafiîlerin mezhebi açıklanırken geçen kaynaklar; *el-Münteka ale'l-Muvatta*, VII, 172.

3- Müslim, Ahmed ve dört *Sünen* sahipleri Şeddâd b. Evs'ten şu lafızla rivayet etmişlerdir: *"Allah teâlâ ihsanı (bir işi güzelce yapmayı) her şey üzerine vacip kılmıştır. Öldürdüğünüz zaman öldürme işini güzelce (eziyet ve işkence yapmadan), hayvan kestiğiniz zaman kesim işini güzelce yapınız. Biriniz bıçağını iyice bilesin de keseceği hayvanı rahat ettirsin. Ta ki onu eziyet vermeden çabucak kesebilsin". el-Câmiu's-Sağîr*, I, 71; *el-Erbaîn*, (Nevevî), 41; *Neylü'l-Evtâr*, VIII, 141.

dünyadan çıkarmak ve hapsolunan yer hariç yeryüzünden sürgün etmek manasına gelmektedir. İnsanların örfünde de hapse yeryüzünden sürüp dünyadan çıkma ismi verilir. Nitekim hapsedilmiş bir şahıs şöyle der:

Dünyadan, oranın ahalisi olduğumuz halde çıktık,

Artık orada ne dirilerden, ne de ölülerdeniz.

Bir gün zindancı bir iş için gelince şaştık,

Ve: "Bu adam dünyadan geldi" dedik.

Tağrib (sürgüne gönderme) hükmünde başka bir beldeye zarar verilmiş, suçlunun dâr-ı harbe kaçarak -Allah korusun- küfre düşmesine sebebiyet verilmiş olur.[1]

Malikîlere göre nefiy, suçlunun bulunduğu beldeden çıkarılarak başka bir yere gönderilip tövbesi açıkça ortaya çıkıncaya kadar orada hapsedilmesi demektir. İki belde arası namazı kısaltarak kılma mesafesinden daha az olur. [2]

Şafiîlere göre ise nefyin manası, suçluların tövbesi ortaya çıkasıya kadar imam tarafından bir süre hapsedilmesi yahut onları caydırıcı olacağına kanaat ettiği bir şekilde tazir cezası verilmesidir. [3]

Hanbelîlere göre nefiy, suçluları darmadağınık etmek, başka beldeye sığınmalarına fırsat bırakmamak demektir. Delilleri ise Hasan Basrî ile Zührî'den gelen şu rivayettir: "Nefiy, suçluları şehirlerden ve beldelerden sürmek, hiç bir beldeye sığınmaya bırakmamaktır." [4]

Yol kesme hükmünün sıfatı:

Hırabe (yol kesme) haddi Allah teâlânın halis haklarındandır. Bu hadde tedahül (suçun bir kaç kere işlenmesi sonucunda tek ceza ile yetinilmesi) geçerli olur. Af, düşürme, ibra etme ve sulh olma ihtimali ise hırsızlık haddinde açıklandığı şekilde yoktur. Fakat gurm (mali tazminat) ile el ve ayak kesme cezası bir araya gelince hükmün ne olacağı hususunda alimler arasında görüş farkı vardır.

Muharip (yol kesen) suçlular malı almış olup kendileri hakkında Allah teâlâ'nın emrettiği hadler uygulandıktan sonra, şayet mallar duruyorsa sahiplerine geri verileceği hususunda fakihler ittifak etmişlerdir. Eğer mallar telef olmuşsa veya mevcut değilse, Hanefîlere göre had ile tazminat cezası birleştirilmez. Çünkü Hz. Peygamber (a.s.): *"Hırsız hakkında had uygulanınca bir de gurm (tazminat)*

1- *el-Mebsût,* IX, 135 vd.; *Tebyinü'l-Hakâik,* III, 236; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 270; *el-Bedâyi',* VII, 95.
2- *Hâşiyetü'd-Desukî,* IV, 349; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 363; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II, 446; *el-Müntekâ ale'l-Muvatta,* VII, 173.
3- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 181; *el-Mühezzeb,* II, 284.
4- *el-Muğnî,* VIII, 294.

cezası verilmez." [1] buyurmaktadır. Malı tazmin etmek ona malik olmayı gerektirir. Mülkiyet ise had uygulanmasına mani olduğundan had ile tazminat cezaları birleştirilmez. [2]

Malikî, Şafiî ve Hanbelîlere göre hırsızlık haddindeki gibi bunda da had ile tazminat cezaları birleşir. Çünkü mal, durduğu takdirde geri verilmek suretiyle tazmin edilmesi icap eden bir ayn'dır. Telef olma durumunda da suçluya had cezası uygulanmadığı takdirde olduğu gibi tazmin edilmesi icap etmektedir. Ayrıca had ve gurm, hakkı olanlara verilmesi gereken iki haktır. Haremdeki bir şahsın mülkü olan bir avı öldürme halinde olduğu gibi ceza ve kıymetin birleşmesi caizdir. [3]

5.Yol Kesme Haddini Düşüren ve Bundan Doğan Sonuçlar

Yol kesme haddi bir takım durumlarda düşer:

a) Yolu kesilen şahsın, yol kesme suçunu ikrar eden yol kesiciyi yalanlaması.

b) Yol kesicinin, yol kestiğine dair yaptığı ikrardan dönmesi.

c) Yolu kesilen şahsın beyyineyi (delili) yalanlaması.

d) Diğer ilim ehlinin aksine Hanefîlerin çoğunluğuna göre, hırsızlık haddi konusunda da söylediğimiz gibi mesele hakime götürülmeden önce veya sonra yol kesicinin alınan mala malik olması.

e) Sultan veya devlet yetkilisi tarafından yakalanmadan önce yol kesicinin tövbe etmesi durumu. Nitekim ayet-i kerimede: *"Şu kadar ki siz kendileri üzerine kadir olmazdan (onları ele geçirmezden) evvel tövbe eden yol kesicilerle muharibler müstesna. Bilin ki şüphesiz Allah teâlâ çok yarlığayıcıdır, çok esirgeyicidir."* (Mâide, 34) buyurulmaktadır. Alimler bu hükümde ittifak halindedirler.

f) Tövbe sebebiyle haddin düşmesi yahut yukarıda zikredilen, meselâ malın nisap miktarından noksan olması gibi haddin şartlarından biri bulunmadığı için haddin icap etmemesi sonucu şunlar ortaya çıkar.

Eğer mal durmakta ise sahibine geri verilmesi icap eder. Eğer telef olmuş ya da tüketilmiş ise tazmin edilmesi lâzımdır.

Hanefîlere göre şayet silah ile yolcuyu öldürdüyse suçlu da kısas olarak öldürülür. Eğer sopa veya taşla öldürdüyse katilin âkilesi (diyet borcunu ödemek zorundaki akrabaları) öldürülenin mirasçısına diyeti öder. Cumhura göre taammüden (kasten) öldürme durumunda kısas icap eder. Öldürmenin silahla veya başkasıyla

1- Bu *mürsel* hadisin sahih lafzı şudur: *"Kendisine had cezası uygulanmış olan hırsıza tazminat (gurm) ödettirilmez."* Tahrici yukarda geçmişti.
2- *el-Bedâyi'*, VII, 95; *Fethu'l-Kadir*, IV, 271.
3- *Hâşiyetü'd-Desukî*, IV, 350; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 182; *el-Muğnî*, VIII, 295, 298.

olması hükmü değiştirmez.

Eğer yolcuları yaralamışsa, yaralardan ötürü mümkün olanlarda kısas, mümkün olmayanlarda erş (tazminat) icap eder. (1)

EK:

BÂĞÎLER (İsyancılar)

1. Tarifi

Bağy lügatte ya: *"Musa: "İşte aradığımız bu idi, dedi."* (Kehf, 64) ayetinde olduğu gibi aramak ve talep etmek manasına gelir; ya da taaddî (tecavüz) demektir. Fakihlerin ıstılahına göre ise Malikîlerden İbni Arafe'nin tarif ettiği gibi, İmam (İslâm devlet başkanı) olduğu sabit bulunan bir kimseye itaatten masiyet ve günaha düşmeden galebe yoluyla -bir tevile dayanarak da olsa- çıkmak, demektir. (2) Resul-i Ekrem (a.s.)'in: *"Kim imamına ittatten elini çekecek olursa kıyamet gününde elinde (geçerli) bir hüccet, delil bulunmaksızın gelir. Kim de cemaatten ayrılmış olarak ölürse bir nevi cahiliyet ölümü ile ölmüş olur."* (3) *"Kim bize karşı silah çekerse bizden değildir."* (4) buyurmuşlardır.

Hanefîler ise bâğîleri şöyle tarif etmişlerdir: Bâğîler (buğât), güç ve kudret sahibi olan, bazı hükümlerde diğer müslümanlara kendilerince haklı sayılan bir tevile dayanarak muhalefet eden, bir beldeye hakim olup ordugâh kurarak kendi hükümlerine tatbik eden bir topluluktur. Tarihte meşhur Havâric veya Hârûrîye ise, Hz. Ali (r.a.)'ye karşı çıkan onun ve diğer müslümanların kanlarını ve mallarını telef kadınlarını esir etmeyi helâl gören, Resulullah (a.s.)'ın ashab-ı kiramını küfre girmekle itham eden, her günahı küfre düşmek kabul eden bir topluluktur. (5) Dinî hususlarda aşırı şekilde şiddet göstermişlerdir.

1- *el-Bedâyi',* VII, 96; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 271; *el-Mühezzeb,* II, 285; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 363.

2- *Hâşiyetü'd-Desukî,* IV, 300.

3- Bu manadaki hadisler çoktur. Bunlardan Müslim ve Neseî'nin Ebu Hureyre (r.a.)'den rivayet ettiği hadiste, Resulullah (a.s.) şöyle buyuruyor: *"Kim imama itaatten çıkar, cemaatten ayrılır, sonra da ölürse, cahiliyet ölümü ile ölmüş olur."* Hakim İbni Ömer (r.a.)'den şu hafızla bir rivayet nakletmiştir: *"Kim cemaatin içinden çıkarsa, tekrar geri dönesiye kadar İslâm halkasını boynundan sıyırıp atmış olur. Bir cemaat imamının itaati altında bulunmaksızın ölürse ölümü cahiliyet ölümü gibidir."* İmam Ahmed, Buharî ve Müslim'in İbni Abbas (r.a.) rivayet ettiğine göre Resulullah (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Kim başındaki emirden hoşlanmadığı bir şey görürse sabretsin. Çünkü kim cemaati bir karış bile olsa terkedip ölürse ölümü cahiliyet ölümü gibi olur."* Başka bir lafız da şöyledir: *"Kim emirinin bir şeyinden hoşlanmazsa ona sabretsin. Zira insanlardan kim sultanın itaatinden bir karış çıkar ve sonra ölürse cahiliyet ölümü gibi ölür."* Ayrıca Ebu Zer, Muaviye, Ebu'd-Derdâ (radıyallahu anhum) ve diğer zevatten rivâyetler gelmiştir. *Câmiu'l-Usûl,* IV, 256; *Mecmau'z-Zevâid,* V, 219, 220, 224; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 171, 173.

4- İmam Ahmed, Buharî ve Müslim İbni Ömer ve Ebu Musa el-Eş'arî'den, Müslim Ebu Hureyre, ve Seleme b. el-Ekvâ"dan rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr,* VII, 173; *Sübülü's-Selâm,* III, 257.

5- *Fethu'l-Kadîr,* Iv, 408 vd.; *Tuhfetu'l-Fukahâ,* III, 251; *Hâşiyetu İbni Âbidîn,* III, 338.

Onların dışındaki bâğîler, Havâric gibi müslümanların kanını dökmeyi, çoluk-çocuk ve kadınlarını esir etmeyi mübah kabul etmemişlerdir.

Malikîlerin tarifine göre bâğîler, kendilerince haklı sayılan bir tevile dayanarak Havâric ve benzeri sapıtan topluluklar gibi savaşa kalkışırlar, müslümanların imamına karşı çıkarlar, ya da onun itaatı altına girmekten kaçınırlar, uzak dururlar, yahut da zekât ve benzeri üzerlerine vacip olmuş bir hakta mâni olurlar. [1]

Hanbelîlere göre ise bağîler, adalet sahibi olmasa da müslümanların imamı olan zata kendilerince caiz olabilecek bir tevile dayanarak karşı çıkan ve güç ve kudretleri bulunan kimselerdir. İsterse aralarında görüşüyle hareket edecekleri mutâ (itaat ettikleri) bir şahıs bulunmasın. adil bile olmasa müslümanların imamına karşı çıkmak haramdır. [2]

2. Bâğilere Ait Hükümler:

a) Bâğîlerle savaşmak ve onları tövbeye çağırmak:

Bâğîlerin önemli bir kuvveti yoksa imam onları yakalayıp tövbe edinceye kadar hapsetme hakkına sahiptir. Şayet savaşa hazırlanırlarsa ve sağlam bir sığınak ve silaha sahip bulunuyorlarsa, imam ehl-i harbe (gayr-i müslim düşmanlara) karşı yaptığı gibi önce onları itaatine ve dâr-i adle (imamın hükmü altındaki diyara) girmeye, cemaatin görüşüne geri dönmeye davet eder. Eğer kabul etmezlerse ehl-i adl yenip öldürünceye kadar onlarla savaşırlar. Fakihlerin cumhurunun aksine Hanefîlere göre isyancıların kaçanlarını öldürmek, esir etmek, yaralılarını öldürmek de, eğer kaçıp sığınacakları emniyetli bir yerleri bulunup yeniden kuvvet kazanma ihtimalleri varsa caizdir; yoksa câiz olmaz. [3] İmam, bâğîler başlamadan onlarla savaşa başlamaz. Çünkü onlarla savaşmak şerlerini defetmek için meşru görülmüştür. Bu hükümlerin delili şu ayet-i kerimedir: *"Eğer müminlerden iki grup birbiriyle savaşırsa aralarını bulup barıştırın. Eğer onlardan biri diğerine karşı hâlâ tecavüz ediyorsa siz o tecavüz edenle, Allah'ın emrine dönünceye kadar savaşın. Neticede Allah'ın emrine dönerse artık adaletle aralarını bulup barıştırın. (Her işinizde) adalet (ile hareket) edin. Allah şüphesiz ki, adil olanı sever."* (Hucurât, 9) Hz. Peygamber (a.s.) de Hz. Ali (r.a.)'ye: *"Şüphesiz sen Kur'an-ı Kerim'in indirilmesi dolayısıylasavaştığın gibi tevili (yorumu) dolayısıyla da savaşacaksın."* buyurmuştur. [4]

1- *el-Kavâninu'l-Fıkhıyye,* 364.

2- *Gâyetu'l-Münteha,* III, 348 vd.

3- *Hâşiyetü'd-Desukî,* IV, 300; *Muğnî'l-Muhtâc,* IV, 127; *el-Muğnî,* VIII, 114; *el-Kitâb ma'al-Lübâb,* IV, 154 vd.

4- İmam Ahmed *hasen* bir isnat ile Ebu Saîd el-Hudrî (r.a.)'den rivayet ediyor: *"Resulullah (a.s.) 'in yanında bulunuyorduk. Buyurdu ki: "İçinizden kimisi indirilmesi sebebiyle savaştığı gibi Kur'an-ı Kerim'in tevili (yorumu) sebebiyle de savaş yapacaktır."* Başka bir rivayet: *"Sizden birisi..."* Bazı rivayetlerde de Resulullah (a.s.)'ın bu sözünün muhatabını yani Hz. Ali Efendimizi belirtmiştir. *Mecmau'z-Zevâid,* VI, 244, IX, 133.

Müslümanların ihtiyaçları olduğunda bâğîlere ait silahları ve atları, diğer binekleri savaşlarda kullanmakta bir beis yoktur. Çünkü imam âdil (kendine itaat eden) şahsın malında lüzum gördüğünde böyle bir tasarrufta bulunabilmektedir. Bâğînin malında da tasarruf etmesi pek tabiîdir.

Mallarına gelince: İmam bunları bâğîlerin isyanı kalkıncaya kadar yanında tutar, isyan bitince geri verir. Çünkü bâğîler müslüman oldukları için istilâ yoluyla mallarına malik olma ihtimali yoktur. (1)

b) Bâğîlerin telef ettikleri can ve malların tazmin ettirilmesi:

Hanefî, Malikî, ve Hanbelîler ile Şafiîler iki görüşünden azhar olana göre kendilerince haklı bir tevile (yoruma) dayanarak isyan etmiş olan bâğîlere, savaş sırasında itlâf ettikleri can ve mallar tazmin ettirilmez. Bu hükmün delili Zührî'den gelen şu rivayettir: *"Aralarında Bedir Savaşına katılmış ashabın da bulunduğu insanlar arasında Cemel, Sıffîn gibi vakalarda büyük bir fitne kopmuştu. Onlar, Kur'ân'ı tevile dayanarak nikâhı haram olan bir kadını helâl sayan adama had uygulanmayacağı, Kur'ân'ı tevile dayanarak dökülmesi haram olan bir kanı akıtmış adamın öldürülmeyeceği, Kur'an'ı tevile dayanarak itlâf edilmiş bir malın tazmin ettirilmeyeceği hususlarında icmâ etmişlerdir."* (2)

Bâğîler de caiz bir tevile dayanan, savaş gücü bulunan bir gruptur, itaat dairesinde bulunanlar gibi harp halinde diğeri aleyhine itlâf ettikleri şeyleri tazmin etmezler. Öte yandan tazmin ettirilmesi tekrar itaate dönmekten uzaklaşmalarına sebep olabileceğinden ehl-i harbin hakkında olduğu gibi bâğîler hakkında da tazminat meşru olmaz.

Yine alimlerin ittifakına göre bâğîlerle savaşan ehl-i adl hakkında her hangi bir günah ve kefaret de söz konusu olamaz, onlara ait itlâf ettikleri şeyleri de tazmin etmezler. Çünkü yukarıda geçen Zührî haberi bunu ifade etmektedir. Ayrıca âdil (imama itaat eden) kişi, kendisine emredileni yapmış, Allah'ın savaşılmasını emrettiği ve öldürülmesini helâl kıldığı kişilere karşı savaşmıştır. Onların malları da canları gibi hederdir, boş yere telef olur. Bâğîlerin canlarını tazmin etmediklerine göre mallarını ödememeleri de gayet tabiîdir. (3)

Bâğî ve âdil durumdaki şahıslar, bâğîlerin güç ve kudretleri meydana gelmeden veya yenilgiye uğramalarından sonra birbirlerinin malını itlâf etseler, itlâf et-

1- *el-Mebsût*, X, 124 vd.; *el-Bedâyi*, VII, 140 vd.; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 409 vd.; *Tebyînü'l-Hakâik*, III 295; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb*, IV, 155.

2- İmam Ahmed bunu el-Esrem'in rivayetinde zikrederek onunla *ihticac* etmiştir. *Neylü'l-Evtâr*, VII 169.

3- *el-Mebsût*, X, 128; *el-Bedâyi'*, VII, 141; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 414; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 448 *Hâşiyetü'd-Desukî*, IV, 300; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 364; *el-Mühezzeb*, II, 220; *Muğnî'l-Muhtâc*, IV, 125; *el-Muğnî*, VIII, 113; *Keşşâfu'l-Kınâ'*, IV, 128; *Şerhu Müslim* (Nevevî), VII, 170; *Gâyetü'l-Münteha*, III, 351.

tikleri canları ve malları tazmin ederler. Çünkü o durumlarda dâr-ı islâm ehlinden bulunmaktadırlar O vakit de canlar ve mallar masumdur (cezadan uzaktır).

Bâğîlerin hâkim olup haraç ve öşrünü aldıkları beldelerden imam ikinci defa bir vergi alamaz. Çünkü imamın bu vergileri alma yetkisi oraları himayesi itibariyle olmaktadır. Halbuki bu durumda oraları himaye edememiştir. Eğer bâğîler bu malı hakkı olan yerlere sarfetmişler ise, müstehak olan yerlere vasıl olduğu için mal sahibi hakkında bu yeterlidir. Şayet hakkı olan yerlere sarfetmemişlerse o, müstehak olan yerine ulaşmadığından ötürü alimler, Allah teâlâ ile mal sahipleri arasındaki hakkın yeniden verilmesi gerektiğine fetva vermişlerdir. (1)

c) Bâğîlerin işlediği suçların cezası:

Bâğîlerin âdil (imama itaatinde bulunan) yolcuların yolunu kesecek olurlarsa haklarında had lâzım gelmez. Çünkü bâğîler güç ve kudret sahibi olarak ve bir tevile dayanarak yolcuların malının mübah olduğu iddiasında bulunmaktadırlar.

Bâğî olan bir şahıs bir âdilin malını çalsa imam onun elini kesemez. Çünkü onun dâr-ı bağy (isyancıların denetiminde olan yerler)'de yetkisi yoktur. Hem de İmam Zühri'nin yukarıda geçen haberinde hükmün böyle olduğu görülmüştür.

Netice olarak Hanefîlere göre bâğîlere had uygulanmaz. Çünkü imamın dâr-ı bağyde yetkisi kalmamıştır. Malikîler ile Hanbelîler de harp halinde bâğîlerin itlâf ettikleri can ve malların ödetilmeyeceği, haklarında had uygulanmayacağı hükümlerinde Hanefîlere muvafakat ederler. (2)

İmam Şafiî'ye göre ise, bâğî müslümanların malından bir şey alırsa, bu dâr-ı bağyde meydana gelmiş bile olsa eli kesilir. Çünkü o bir cinayet işlemiştir. Gücü ve kudretinin bulunup bulunmaması onun hakkında eşittir. Cani bir kişi cezasının hafifletilmesine değil, ağırlaştırılmasına müstehaktır.

Bir bâğî, tevil yoluyla helâl sayarak da olsa, dâr-ı İslâm'da adil bir şahsın malını çalsa eli kesilir. Çünkü orada müstakil bir gücü bulunmamaktadır. (3) Kısaca şafiîlere göre harp hali dışında can ve malı tazmin etme, had gerekme hususlarında bâğîlerin hükmü ehl-i adl (imama itaat üzre olan) kişilerin hükmü gibidir. Şayet bâğî öldürme suçu işlerse, Şafiîlerce sahih olan görüş öldürülmesine kesin karar verilmeyeceği, affedilmesinin caiz olduğu şeklindedir. Çünkü Hz. Ali (r.a.) İbni Mülcem tarafından yaralanmasından sonra: *"Onu yedirin, içirin ve hapsedin. Eğer yaşarsam, kanını akıtıp akıtmama yetkisi bendedir, istersem kısas uygularım."* buyurmuştur. (4)

1- *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb,* IV, 156.
2- *el-Kavâninu'l-Fıkhıyye,* 364; *el-Muğnî,* VIII, 113.
3- *el-Bedâyi,* VII, 141; *Tuhfetü'l-Fukahâ,* III, 252; *el-Mühezzeb,* II, 221.
4- *el-Mühezzeb,* II, 221; *Muğni'l-Muhtâc,* II, 277 vd. IV, 129.

d) Bâğîlere karşı savaşma ile müşriklere karşı savaşma arasındaki fark:

Tariflerinde de geçtiği gibi bütün mezhep imamlarının ittifakıyla bâğîler, kendilerince hak bir tevile dayanarak imama karşı çıkıp onu azletmek veya onun itaatine girmemek yahut da vacip bir hakka mani olmak isteyen kimselerdir. *Tevil* vasfı ile muharib (yol kesiciler)'den ayrılmış olmaktadırlar.

Bunlarla savaş müşriklerle savaştan şu yönlerden ayrılmaktadır. Malikîlerden el-Karafî bunları şöylece zikretmiştir: (1)

Bâğîlerle savaştan maksat onları öldürmek değil isyandan vazgeçirmektir. Kaçanlarının peşi bırakılır, yaralıları ve esirleri öldürülmez. Malları ganimet olarak alınmaz, kadın ve çocukları esir edilmez. Onlara karşı savaşta müşriklerden yardım alınmaz. Bir mal üzerinde sulh yaparak savaşa son verilmez. Kendilerine itaata çağıracak davatçiler gönderilir. Bahçeleri yakılıp yıkılmaz ağaçları kesilmez.

Müşrik olan harbîler ile savaş beş yönden bağîlere karşı savaştan ayrılır:

Kaçan harbilerde savaş devam eder. Öldürülmelerini kastetmek caizdir. Harp sırasında veya başka zamanda helâk ettikleri can ve maldan hesaba çekilirler. Durumlarını tahkik için esirlerini hapsetmek caizdir. Aldıkları haraç ve zekât, bunları vermesi gereken şahıslardan düşmez; durum, gâsıbın aldığı maldan bu borçların düşmemesi durumunda olduğu gibidir.

1- *el-Furûk,* IV, 171; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 364.

ŞARAP VE DİĞER SARHOŞ EDİCİLERLE İLGİLİ HAD CEZASI

1. Şürb (Şarap İçme) Haddi ile Sükr (Sarhoş Olma) Haddi, Sarhoşluğun Ölçüsü, Haddin Şartları ve Miktarı

Hanefîler haram olan içeceklerden ötürü iki tür had ön görmüşlerdir: *Şürb haddi* ve *sükr haddi.*

Şürb haddi, özellikle hamr (şarap) içme sebebiyle icap eden haddir. Azını veya çoğunu içmekten dolayı bu had lâzım gelir. İcap etmesi o yüzden sarhoşluk meydana gelmesine bağlı değildir. Resulullah (a.s.): *"Hamr (şarap) içeni sopa veya kamçıyla dövünüz."* buyurmuştur. [1] İlerde açıklanacağı üzere hamr, kuvvetlenip sarhoşluk verici bir hâle gelen üzüm suyudur. Hamr'a bu ismin verilmesi ya aklı gidermesi veya akla karışması ya da içine onu ifsat edecek bir şey düşmemesi için kendini gizlemesi yüzündendir.

Sükr haddi ise, hamr dışındaki bilinen sarhoşluk verici içkileri içme sonucu hasıl olan sarhoşluk sebebiyle icap eder. [1] Bunların açıklaması aşağıda gelecektir.

---

1 - Bu hadis on iki sahabeden rivayet edilmiştir. İsimleri şunlardır: Ebu Hureyre, Muâviye, İbni Ömer, Kasîsa b. Züeyb, Câbir, Şerîd b. Süveyd, Ebu Saîd el-Hudrî, Abdullah b. Amr, Cerîr b. Abdullah el-Becelî, İbni Mes'ûd, Şurahbîl b. Evs, Gatîf b. el-Hâris (Allah teâlâ hepsinden razı olsun). Ebu Hüreyre hadisini Tirmizî hariç *Sünen* sahipleri; Muâviye hadisini *Neseî* dışındaki *Sünen* sahipleri, İbni Ömer ile Câbir hadisini Neseî; Kabîsa'nınkini Ebu Dâvud; Ebu Saîd el-Hudrî hadisini İbni Hıbbân; Gatîf hadisini Bezzâr; diğer sahabelerin hadislerini Hâkim rivayet etmişlerdir. Yani hadis *mütevatir*dir. *Nasbu'r-Râye,* III, 346 vd; *Câmiu'l-Usûl,* IV, 333 vd.; *Mecmau'z-Zevâid,* VI, 277 *Neylü'l-Evtâr,* VII, 146.

2- *el-Bedâyi',* VII, 39; *Tebyînü'l-Hakâik,* III, 195; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 178.

Fakihlerin cumhuruna göre hamr (şarap) ile başkasını içmek arasında fark yoktur. Çoğu sarhoşluk veren her içkinin azı da haramdır ve hamr sayılır. Haram olması ve içene had icap etmesi bakımından hükmü, üzüm suyunun hükmüdür. (1) Çünkü Hz. Peygamber (a.s.) Efendimiz: *"Her sarhoşluk verici hamrdır, her hamr da haramdır."* (2) buyurmuşlardır.

Sarhoşluğun ölçüsü:

İmam Ebu Hanife'ye göre, had icap etme ve haramlık hükmünün kendisine bağlı olduğu sarhoşluk miktarı, hiçbir şeyi anlayamayacak ve kavrayamayacak, erkeği kadından ve yeri gökten ayırt edemeyecek derecede sarhoş olan kişinin aklını başından gideren şeklidir.

Çünkü Resul-i Ekrem (a.s.)'in: *"Şüpheler sebebiyle hadleri düşürünüz."* hadisi gereği hadler hususunda sebeplerin azami derecesi göz önüne alınır. O yüzden sarhoşluğun en son ve en aşırı miktarı haddin icap etmesi için muteber sayılmıştır.

İmameyn (Ebu Yusuf ve Muhammed) ile diğer imamlara göre ise sarhoş çoğu sözü saçma olan, abuk sabuk konuşan kişidir. İnsanların örf ve âdetlerine göre de sarhoş deyince anlaşılan budur. İnsanlar sarhoş kelimesini saçmalayan, karışık sözler söyleyen, elbise ve ayakkabısını başkasınınkilerden ayırt edemeyen kişi hakkında kullanırlar.

Ulemanın çoğu İmameynin görüşüne meyletmişler, fetva da ona göre verilmiştir. *Tenvîru'l-Ebsâr* ve öteki eserlerde açıklandığı gibi Hanefîlerin görüşü de odur. (3)

Hadlerin şartları:

Sarhoşluk veren içkilerde sekiz şart aranır:

1- İçen akıl sahibi olmalıdır. Deliye had vurulmaz.

2- Bâliğ olmalıdır. Küçüğe had vurulmaz.

1- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 434; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 187; *el-Muğnî*, VIII, 304; *el-Mühezzeb*, II, 286 *el-Müntekâ ale'l Muvatta'*, III, 147.

2- Hadisi bu lafızla İbni Ömer'den Müslim ve Darekutnî rivayet etmiştir. İmam Ahmed, Müslim ve İbni Mace haricindeki *Sünen* sahipleri ise: *"Sarhoşluk veren her şey hamr (şarap)'dır. Her sarhoşluk veren de haramdır."* lafzıyla rivayet etmişlerdir. İbni Hibbân, Abdurrezzak ve Darekutnî da bu şekilde nakletmiştir. Hadis, Enes b. Malik, Ömer b. Hattâb, Kurra b. İyâs, Kays b. Sa'd b. Ubâde el-Ensârî, Meymûne, Ebu Musâ el-Eş'arî ve başka sayıları yirmi altıya varan sahabe tarafından rivayet edilmiştir. Hepsinin adlarını *Tuhfetu'l-Fukahâ*'daki hadislerin tahricini yaparken zikrettik (III, 449). Hadis *mütevatirdir*. *Nasbu'r-Râye*, IV, 295; *et-Telhîsu'l-Habîr*, 359; *Mecmau'z-Zevâid*, V, 57; *Neylü'l-Evtâr*, VIII, 173.

3- *Muhtasaru't-Tahâvî*, 278; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 187; *el-Bedâyi'*, V, 118; *Hâşiyetü İbni Âbidîn*, III, 181.

3- Müslüman olmalıdır. Kâfire şarap içme cezası verilmediği gibi içmesine de mani olunmaz.

4- İçen kendi ihtiyar ve arzusuyla içmiş olmalı, cebren içmiş olmamalıdır.

5- Boğazına yemek tıkanıp da su bulamamak gibi bir zorluktan dolayı içkiyi içmek mecburiyetinde kalmış olmamalıdır.

6- İçtiğinin hamr (şarap) olduğunu bilmelidir. Başka bir içecek sanarak içmişse had cezası gerekmez.

7- Hamrın (şarabın) haram olduğunu biliyor olmalıdır. Haram olduğunu bilmediğini iddia etmesi hâlinde sözünün kabul edilip edilmeyeceği hususunda Malikî âlimleri farklı görüş belirtmişlerdir. Diğer âlimlere göre müslümanlar arasında yetişmiş bir şahsın haram olduğunu bilmediği iddiası kabul edilmez.

8- Kendi mezhebine göre içtiği şeyin haram olması lâzımdır. İçilmesini helâl gören bir kimse nebîz (kabarmış hâle gelen şurup) içerse hakkında had lâzım gelip gelmeyeceği hususunda âlimler arasında görüş farklılığı vardır. Hanbelîlere göre sarhoşluk verici bir içeceği, çoğunun sarhoşluk verdiğini bilerek içen kimseye sükr haddi lâzım gelir, onun dışındakilere lâzım gelmez. Zira içtiğinin haram olduğunu bilmemekte, onu içerek günâh işleme gibi bir maksat da gütmemektedir. Mesele, karısı denerek başka bir kadının yanına zifafa sokulan kişinin durumunu andırmaktadır. İlim ehlinin genel görüşü budur.

Haddin miktarı:

Fakihlerin cumhuru, şürb ve sükr haddinin seksen değnek olduğunu söylemiştir. (1) Çünkü Hz. Ali: *"Bir kişi hamr (şarap) içerse sarhoş olur, sarhoş olunca saçmalar, saçmalayınca iftira eder. İftira edenin had cezası seksen sopadır."* buyurmuş, (2) sahabe-i kiramdan hiç biri buna karşı çıkmamış ve kabul etmiştir. (3)

Şafiîlere göre ise hamr (şarap) ve diğer sarhoşluk veren içkilerin had cezası kırk değnektir. Çünkü Hz. Peygamber (a.s.) Efendimiz bu hususta bir had belirle-

1- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 185; *el-Bedâyi',* V, 113; *Tebyînü'l-Hakâik,* III, 198; *Bidâyetü'l-Müctehid,* II 435; *Hâşiyetü'd-Desûkî,* IV, 353; *el-Müntekâ ale'l-Muvatta',* III, 143; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 361; *el-Muğnî,* VIII, 304; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 144.

2- Darekutnî, İmam Malik (mana olarak) ve İmam Şafiî (hocası İmam Malik yoluyla), Sevr b. Zeyd ed-Deylemî'den rivayet etmişlerdir. Hadis *munkatı*'dır. Çünkü Sevr'in Hz. Ömer'e yetişmediği hususunda ihtilâf yoktur. Neseî *mevsul* bir senedle, Hâkim başka bir vecihten Sevr -İkrime- İbni Abbâs zinciriyle nakletmişlerdir. Abdurrezzak haberi İkrime'den rivayet etmiş, İbni Abbas'ı zikretmemiştir. *Câmiu'l-Usûl,* Iv, 331; *et-Telhîsü'l-Habîr,* 360; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 144; *Nasbu'r-Râye,* III 351.

3- Bu konuda icma bulunduğu şeklindeki bu iddia kabul edilemez. Hz. Ömer Efendimizin halifeliğinden önce de sonra da şarap içme haddi hususunda ashap arasında görüş ayrılığı olmuştur. Resul-i Ekrem (a.s.) den belirli bir miktar sabit olmamıştır. *Neylü'l-Evtâr,* VII, 142.

memiştir. O, Ebu Hureyre'nin rivayet ettiği gibi sarhoşu belirli bir sayı vermeksizin dövdürmüş, ashab-ı kiram atılan sopaların sayısını yaklaşık kırk olarak takdir etmiştir. (1) Enes b. Malik'in rivayetine göre Hz. Peygamber (a.s.) şarap içme sebebiyle sopa ve nalinlerle kırk defa vurdurmuştur. (2) Hz. Ali şöyle de buyurmuştur: *"Resulullah (a.s.) kırk, Ebu Bekir kırk, Ömer seksen sopa vurdurmuştur. Hepsi de sünnettir. Bu (sonuncusu) bana göre daha uygundur."* (3)

Hâfız İbni Hacer *Fethu'l-Bârî* isimli eserinde hamrın hicretin sekizinci senesinde haram kılındığını delilleriyle ortaya koymuştur.

Ebu Hureyre'nin yukarda geçen hadisinin nassının zahirine göre hamr içen kişi eller, nalinler, elbiselerin uçlarıyla dövülebilir. Cezalıyı dövmede kullanılacak sopa kısa veya uzun olmayıp orta olur. Suçlu yere yatırılmaz, elbisesi soyulmaz, elleri bağlanmaz. Çünkü İbni Mes'ud'un şöyle söylediği rivayet edilmiştir: *"Bu ümmette suçluyu yere yatırma, elbisesini soyma, boynunu iple bağlama, bukağıya vurma şeklinde ceza yoktur."* Hadisin tahrici zina haddi konusunda geçmişti.

2. İçkilerin çeşitleri

Haram içecekler: (4)

1- *Hamr:* Kendi kendine, yani pişirilmeksizin yahut ateş değmeksizin kaynayıp kabaran, şiddetlenip köpüğünü attıktan sonra durulup saf hale gelen üzüm suyudur. Bu tarif İmam Ebu Hanife'ye göredir. Çünkü iskâr (sarhoş etme) manası ancak köpüğünü attıktan sonra tam olarak bulunur. Köpüğünü atmadan üzüm suyu hamr sayılmaz.

İmameyn ve diğer üç imama göre ise kaynayıp kabardığı zaman hamr hâlini almış olur; isterse kaynaması durulmasın. Zira sarhoşluk verme manası köpüğünü

1- İmam Ahmed, Buharî ve Ebu Dâvud'un Ebu Hureyre'den rivayet ettiklerine göre *"Hz. Peygamber (a.s.)'e şarap içmiş bir adam getirildi. "Onu dövünüz" buyurdu. Ebu Hureyre diyor ki: "Onu kimimiz eliyle, kimi nalini ile, kimi de elbisesi ile dövüyordu. Adam ayrılırken ordakilerden biri: "Allah seni rezil etsin" dedi. Bunun üzerine Cenab-ı Peygamber (a.s.): "Öyle demeyin. Bir de siz onun aleyhine olarak şeytana yardım etmeyin." buyurdu." Neylü'l-Evtâr,* VII, 138. İlerde tazir cezası neticesindeki ölüm sebebiyle ödenecek tazminat konusunda Hz. Ali'den rivayet edilen başka bir hadis de bunu desteklemektedir.

2- Buharî, Müslim, Tirmizî ve Ebu Dâvud tarafından Enes b. Malik'ten rivayet edildiğine göre *"Hz. Peygamber (a.s.)'e şarap içmiş bir adam getirildi. Adama hurma dalı ile yaklaşık kırk sopa vuruldu."* Başka bir rivayet: *"İki hurma dalı ile adama yaklaşık kırk sopa vurdurdu".* şeklindedir. Hz. Enes: *"Bunu Hz. Ebu Bekir yaptı"* demiştir. Hadiste geçen "cerîd" kelimesi budak ve yaprağı bulunan hurma dalı, demektir. *Câmiu'l-Usûl,* IV, 330; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 138; *et-Telhîsu'l-Habîr.* 360.

3- Müslim Hz. Ali'den naklen Husayn b. el-Münzir hadisi olarak rivayet etmiştir. *Neylü'l-Evtâr,* VII, 138 vd.; *et-Telhîsu'l-Habîr,* 360; *Muğnî'l-Muhtâc,* IV, 189; *el-Mühezzeb,* II, 286 vd.; *es-Siyâsetu'ş-Şer'iyye,* (İbni Teymiyye), 105.

4- *Netâicü'l-Efkâr Tekmiletü Fethi'l-Kadîr,* VIII, 152 vd.; *el-Bedâyi',* V, 112; *Hâşiyetü İbni Abidîn* V, 318 vd.; *el-Mebsût,* XXIV, 13 vd.

atmadan da gerçekleşir. Halk arasında fesat kapısını kapamak için Hanefîlerce bu görüş azhar kabul edilmiştir.

Kaynayıp üzerinden geceleriyle beraber üç gün geçen bir üzüm suyu artık haram ve necis olur. Hamrın haram olduğuna ve haram oluşunun hikmetine dair delil şu ayet-i kerimedir: *"Ey iman edenler! İçki, kumar, (tapmaya mahsus) dikili taşlar, fal okları ancak şeytanın işinden birer murdardır. Onun için bunlardan kaçının ki muradınıza eresiniz. Şeytan, içkide ve kumarda ancak aranıza düşmanlık ve kin düşürmek, sizi Allah'ı anmaktan ve namazdan alıkoymak ister. Artık siz (hepiniz) vazgeçtiniz değil mi?"* (Mâide, 90-91) Bu ayet-i kerime içki hakkında gelen hükümlerin tarihî seyrindeki dördüncü merhalede inmiştir. Birinci merhalede: *"Hurma ağaçlarının meyvesinden ve üzümlerden de içki ve güzel bir rızık edinirsiniz."* (Nahl, 67) ayeti, ikincisinde: *"Sana içkiyi ve kumarı sorarlar. De ki: Onları da hem büyük günah, hem insanlar için faydalar vardır. Günahları ise faydalarından büyüktür."* (Bakara, 219) ayeti, üçüncüsünde ise: *"Ey iman edenler! Siz, sarhoşken ne söyleyeceğinizi bilinceye kadar namaza yaklaşmayın"* (Nisâ, 43) ayeti inmiştir. İçkinin haram kılınmasındaki hikmet insanlardan zarar ve fesadı uzaklaştırmaktır. İçki kötülüklerin anasıdır.

2- *Seker:* Ateşte pişirilmemiş olan hurma suyudur. Ya da İmam Ebu Hanife'ye göre kendi kendine kaynayıp şiddetlenen, kabaran, köpüğünü atarak durulan yaş hurma (rutab) [1] suyudur.

Yukarıda da geçtiği gibi İmameyn ve diğer imamlara göre kaynayan, fakat durulmayan hamr da böyledir. Kâdızâde'nin *Netâicü'l-Efkâr*'da da tahkik ettiği üzere pişirilmemiş kuru hurma nebîzi (suyu), *seker* ismini alır.

3- *Fadîh* : Büsr [2] adı verilen kuru hurma suyunun pişirilmemiş, kendi kendine kaynayıp kabaran şeklinin ismidir; köpüğünü atmış olsun, olmasın. Hurmanın kırılıp ufalanması suretiyle yapıldığı için fadîh (kırılan, ufalanan, kabuğu soyulan) ismi verilmiştir.

4- *Kuru üzüm şırası* (Nakîu'z-Zebîb): Su içine atılarak tatlılığı çıkan, pişirilmeksizin kabaran kuru üzüm suyudur; köpüğünü atsın veya atmasın. Bu husustaki farklı görüşler yukarıda geçmişti.

5- *Tilâ veya müselles:* Üzüm suyu pişirilerek yapılır. Pişirme sırasında üçte

1- "Rutab" iyice yetişip olgunlaşmış ve henüz kurumamış hurmanın adıdır. *(el-Mısbâhü'l-Münîr)*. "Belah" ise rutabın ilk zamanlardaki şekline denir. Hurma meyvesi meydana geliş sırasına göre: "Tal', halâl, belah, büsr, rutab ve temr" isimlerini alır. "Zehv" alaca olan hurmaya denir. Kırmızı ve sarı renkler ortaya çıktığında: "Hurmada zehv belirdi" derler.

2- "Büsr", zehv denen sarı ve kırmızı hali alıp henüz tam olgunlaşmamış hurmanın adıdır. "Temr" ise hurmanın kurusunu da, yaşını da içine alan, hepsi hakkında kullanılan bir cins ismidir. *el-Misbâhu'l-Münîr, el-Müntekâ ale'l-Muvatta'*, III, 149.

ikisi gider, üçte biri kalır ve sarhoşluk verici bir hâle gelir. Hanefîlerce doğru olan tarifi budur. İmam Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'a göre, içenlerin çoğunun yaptığı gibi bunu zevk ve neşelenmek maksadıyla içmek haramdır. Ancak sarhoşluk vermeyecek bir miktarını bedene kuvvet vermek ve tedâvi maksadıyla içmek -nadir görülen bir durum da olsa- mübahtır. İmam Muhammed ile diğer imamlara göre bunun içilmesi mutlak olarak haramdır.

6- *Bâzık veya munassaf:* Azıcık ateşte pişirilip üçte ikisinden eksik miktarı giden ve sarhoş edecek bir hâle gelen üzüm suyudur. Eksilen miktar üçte birden veya yarıdan az olsa da değişmez. Üçte birden fazla olan miktarın haram olduğuna delil Hz. Ömer'in uygulamasıdır. Hz. Ömer üçte ikisi gidip üçte biri geriye kalanı helâl kabul etmiştir. Üçte ikisi gitmeyende sarhoşluk verme kuvveti duruyor demektir.

7- *Cumhûrî:* Üzerine su konup karışan ve asıl miktarına dönen biraz pişirilip sarhoşluk verecek hâle gelen üzüm suyudur. İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yûsuf'a göre zevklenmek, neşelenmek maksadıyla içilmesi haramdır. İmam Muhammed ile diğer imamlara göre mutlak olarak haramdır.

İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yûsuf'a göre helâl olan içecekler:

Dört çeşit içecek vardır ki, bedenin güçlenmesi, yemeği hazmetmek ve tedâvi maksadıyla içmek caizdir: (1)

1- *Azıcık pişirilmiş kuru hurma ve kuru üzüm şurubu* (nebîz-i temr, nebiz-i zebîb): Bunun hükmü, neşelenmek ve eğlenmek niyetiyle olmadan içilmesi, kabarsa bile, eğer sarhoş etmiyorsa helâldir. Sarhoş edeceğine zann-ı galip ile kanaat getirirse artık sarhoşluk veren son kadehi içmesi haram olur. Çünkü sarhoşluk her içkide haramdır.

2- *Halitân:* Karışık olarak azıcık pişirilmiş kuru üzüm ve kuru hurma suyundan elde edilir. Zevk ve eğlence için değil de tedavi veya yemeği hazmetmek için olursa kabarmış bile olsa içilmesi helaldir.

3- *Bal, incir, buğday, arpa ve mısır* şurubunun da zevk ve eğlence için olmamak kaydıyla içilmesi, -pişirilsin veya pişirilmesin- helâldir. Sarhoşluk verici hâle gelmiş bal şurubuna *"bitı"'* buğday 've arpa şurubuna *"cia"*, mısır suyuna *"mizr"* denir. İlerde de açıklanacağı gibi sarhoşluk vermeyen derecesi İmam Ebu Hanife'ye göre helaldir. (2)

4- *Üzümden yapılan tılâ yahut müselles:* Üçten ikisi gidip üçte biri kalasıya kadar pişirilmiş üzüm suyudur. Kabarsa bile, yemeği hazmetmek, tedavi ve Allah'a ibadete bedenin kuvvet kazanması maksadıyla içilmesi İmam Ebu Hanife ile İmam

1- *Hâşiyetü İbni Abidîn,* III, 322.
2- *el-Bedâyi',* V, 117.

Ebu Yusuf'a göre helâldir.

Bu dört çeşit içeceği içmenin Hanefîlerce tercih edilen hükmü İmam Muhammed'in görüşü ile amel edilerek haram olduğudur. Açıklaması ilerde gelecektir.

3. Hamr (Şarap) ile İlgili Hükümler

Hamr ile ilgili aşağıdaki hükümler söz konusudur: [1]

1- Zaruret durumu dışında şarabın azını da çoğunu da içmek haramdır. Çünkü *ayn*'ı haram kılınmıştır: *"Hamr, kumar, tapmaya mahsus dikili taşlar, fal okları ancak şeytanın işinden birer murdardır. Onun için bunlardan kaçının."* (Mâide, 90) Allah teâlâ hamrı (şarabı) murdar olarak nitelemiştir. Bu vasıf, ayn olarak haram kılındığını göstermektedir.

Resul-i Ekrem (a.s.) de: *"Hamrın aynı (kendisi) azı, çoğu, sarhoşluk veren her çeşit içki haram kılındı."* buyurmuştur. [2]

Ancak şiddetli susuzluk veya ikrah (zorlama) durumlarında zaruret hâlini giderecek kadar içilmesinde ruhsat vardır.

Tedavi ve benzeri şeyler için yararlanmak da caiz değildir. Çünkü Allah teâlâ şifamızı bize haram kıldığı şeylerde yaratmış değildir. Hz. Peygamber (a.s.) Efendimiz: *"Allah teâlâ sizin şifânızı size haram kıldığı şeylerde yaratmış değildir."* [3] buyurmuştur. Bu da Allah teâlâ'nın haram kıldığı şeylerle tedâvi olmanın haram olduğunu, çünkü şifanın onlarda bulunmadığını göstermektedir. Hamr (şarap) haram kılınmış olduğuna göre onunla tedavide haram olmaktadır.

Bir şahsın çocuklara şarap içirmesi de haramdır. İçirirse günahı küçüğe değil, içirene aittir. Çünkü haram kılındığı ile ilgili hitap büyüklere yöneliktir. Resulullah (a.s.) başka hadislerinde de şöyle buyurmuştur: *"Şarap içen, puta tapan gibidir."* [1]

1- *el-Mebsût,* XXIV, 2 vd.; *el-Bedâyi',* V, 112 vd., *Netâicu'l-Efkâr,* VIII, 115 vd.; *Hâşiyetü İbn Âbidîn,* V, 319; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye,* 361; *el-Mühezzeb,* II, 286 vd.; *el-Muğnî,* VIII, 304 vd.

2- el-Ukaylî bunu Hz. Ali hadisi olarak: *"Hamrın (şarabın) bizzat kendisi ve her türlü içecekten dolayı sarhoş olma haram kılınmıştır."* lafzıyla rivayet etmiştir. *"Şarap bizzat kendisi sebebiyle..."* şeklinde de rivayet edilmiştir. Fakat isnadında Muhammed b. el-Furat adındaki ravi olduğu için *malûl*dür. Neseî burada metindeki lafızla İbni Abbâs'a *mevkûf* olarak zikretmiştir. Taberânî *Mu'cem*'inde bu lafızla İbni Abbâs'a *mevkûf* olarak, İbnü'l-Müseyyeb yoluyla İbni Abbas'tar *merfû* olarak benzer bir lafız ile tahric etmiştir. Ebu Nuaym tarafından *el-Hıyle*'de nakledilen rivayet, Darekutnî tarafından da *Sünen*'inde İbni Abbas'tan *mevkûf* olarak gelmiştir. Darekutnî: "İbni Abbas'tan gelen doğru şekli budur. Çünkü Hz. Peygamber (a.s.)'in: *"Her sarhoşluk veren şey haramdır."* buyurduğu rivayet olunmaktadır" demektedir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 306 vd.; *Mecmau'z-Zevâid,* V, 35.

3- Beyhakî tarafından tahric edilmiştir. İbni Hibbân *sahih* olduğunu söylemiştir. İmam Ahmed, Ümmü Seleme yoluyla tahric etmiştir. Buharî'nin İbni Mes'ud'dan *muallak* olarak tahric ettiği hadis hakkında Süyûtî de *sahih,* demiştir.

dir." (1) *"İçki bütün kötülüklerin anasıdır."* (2) *"Allah şaraba, içene, içirene, satana, alana, (içki yapılmak üzere) üzümünü sıkana, sıktırana, taşıyana, kendisine taşınıp götürülene, parasını yiyene lânet etsin."* (3)

2- Hamrı (şarabı) helâl sayan kâfir olur. Çünkü haramlığı, kesin bir delil olan Kur'ân-ı Kerim ayetinin nassı ile sabittir: *"Ey imân edenler! Hamr (şarap), kumar, tapmaya mahsus dikili taşlar, fal okları ancak şeytanın işinden bir mundardır.* (4) *Onun için bunlardan kaçının ki muradınıza eresiniz."* (Mâide, 90)

3- Müslüman için alış, satış, hibe ve benzeri yollarla şaraba malik olmak veya başkasına mülk olarak vermek haramdır. Çünkü bunlar hamr (şarap)'dan yararlanmadır, bu ise bir müslüman için haram kılınmıştır. Resulullah (a.s.) Efendimiz şöyle buyurmuştur: *"Ey Medîne ahalisi! Allah teâla şarabın haram olduğuna dâir ayet indirmiştir. Kim bu ayeti yazdı ve öğrendi ise artık yanında bulunan şarabı içmesin*

1- Bezzâr, Abdullah b. Amr b. el-Âs'tan *merfû* olarak rivayet etmiştir. İbni Mace ise Ebu Hureyre'den: *"Şarap içmeye devam eden puta tapan kişi gibidir."* lafzı ile rivayet etmiştir. İbni Abbas'tan gelen benzer bir rivayet de İbni Hibbân'ın *Sahih*'inde bulunmaktadır. İmam Ahmed, Bezzâr ve Taberânî (İmam Ahmed'in rivayetinin senedindeki raviler Buharî'nin *Sahih*'indeki ravilerdendir) İbni Abbas'tan: *"Devamlı olarak şarap içen kişi öldüğü zaman puta tapan kimse gibi Allah teâlâ'nın huzuruna gider."* lafzı ile rivayet etmişlerdir. *Nasbu'r-Râye*, IV, 298; *Mecmau'z-Zevâid*, V, 70, 74; *Neylü'l-Evtâr*, VIII, 169.

2- Neseî, Hz. Osman b. Affan (r.a.)'dan *mevkûf* olarak rivayet etmiştir. İbni Ebü'd-Dünyâ'nın da naklettiği hadisi Beyhakî de *Sünen*'inde Hz. Osmân'a *mevkûf* olarak rivayet etmiştir. Esah olan bu rivayete göre Hz. Osman şöyle diyor: *"Resulullah (a.s.): "Şaraptan sakının, çünkü o bütün kötülüklerin anasıdır." buyururken işittim."* Bu rivayette yaşlı bir adamın kıssası anlatılmaktadır. Taberânî'nin İbni Abbas'tan rivayet ettiğine göre Resulullah (a.s.): *"Şarap fuhuşun (bütün kötülüklerin) ve büyük günahların anasıdır. Kim onu içerse cariyesine, teyzesine, halasına dahi tecavüze kalkışabilir."* buyurmuştur. Bu rivayet *zayıf*tır. *Nabsu'r-Râye*, IV, 297; *Mecmau'z-Zevâid*, V, 67; *et Telhîsu'l-Habîr*, 360.

3- Ebu Dâvud İbni Ömer'den rivayet etmiş, İbnu's-Seken *sahih* olduğunu söylemiştir. İbni Mace ise rivayetinde fazla olarak: *"Semenini (parasını) yiyen"* kısmını zikretmiştir. Aynı konuda Enes b. Malik'ten gelen ve fazla olarak: *"Suyunu sıkana, şarabı satın alana, şarabın kendisi için alındığı kişiye de..."* kısmı bulunan rivayeti Tirmizî ve İbni Mace nakletmiştir, ravileri *sika*'dır. Hadisi İmam Ahmed, İbni Hibbân ve Hâkim de İbni Abbas'tan, İbni Ebu Hâtim *el-İlel*'de İbni Mes'ûd'dan rivayet etmişlerdir. Hadisi Bezzâr ve Taberânî, Ebu Hureyre (r.a.)'den *merfû* olarak: *"Allah teâlâ hamrı (şarabı) da bedelini de, ölü etini de bedelini de, domuzu da bedelini de haram kılmıştır."* lafzıyla rivayet etmişlerdir. Ebu Davud ise Abdullah b. Ömer'den nakletmiştir. *et-Telhîsü'l-Habîr*, 359; *Mecmau'z-Zevâid*, V, 73. Hadis bazı rivayetlerde de: *"Allah Resulü (a.s.) şarabı da, içeni de... lânetledi."* şeklinde gelmiştir.

4- Ayette geçen "el-meysir" kelimesi hakkında tabiînin büyüklerinden Mücâhid:"İçinde kumar bulunan her türlü oyun ve benzeri şeylere "meysir" adi verilir" demiştir. Hatta çocukların cevizle oynadıkları oyuna bu isim verilir. "Ensâb" ise (tekili "nesab-nusub" şeklindedir.) yanında kurban kesilen dikili taş veya put demektir. "Ezlâm", (tekili "zelem-zelum" şeklindedir) câhiliyet döneminde Arapların kumar oynarken kullandıkları fal okları manasına gelir. "Rics" kelimesi "azap, pislik, kokuşma" manalarında kullanılır. Putlara rics'e, yani azaba sebep oldukları için "esnâm" denmiştir.

ve satmasın." Bunun üzerine Medineliler yanlarında kalan içkileri Medine sokaklarına döktüler. [1]

Diğer bir hadiste de Hz. Peygamber (a.s.): *"İçilmesini haram kılan Allah teâlâ içkinin satılmasını da haram etmiştir."* [2] buyurmuştur.

Ancak hamra mirasçı olunabilir. Zira miras bırakılan bir şeye malik olmak, kulun bir müdahalesi bulunmaksızın şer'î yönden sabittir. Bu, başkasına mülk olarak vermek veya malik olmak kabilinden değildir. Hamr (şarap) kıymetli sayılan bir mal değilse de genelde mülkiyeti kabul edebilen bir maldır.

4- Müslümana ait bir şarabı itlâf edene bu tazmin ettirilmez. Çünkü şarap müslüman hakkında mütekavvem (kıymetli) sayılan bir mal değildir; isterse itlâf eden hakkında mal olsun.

5- Hamr (şarap), muğallaz (ağır şekilde) bir necis maddedir. Hatta Hanefîlere göre bir dirhem miktarından daha fazlası elbiseye dökülse bu, namazın caiz olmasını engeller. Çünkü Allah teâlâ: *"...onlar şeytanın işinden bir murdar (rics)'dır. Ondan kaçının."* ayetinde hamra "rics" adını vermiştir. "Rics" kelimesinin zahiri, bunun şer'î yönden manevî necaset manasına olduğunu göstermektedir. [3] Şu kadar var ki, ayetteki sakınma emri şaraptan son derece uzak durmayı gerektirmektedir. Cumhur, içilmesinin haramlığı ötesinde nefret ettirmek, büyük bir günah olduğunu ifade etmek, ona yaklaşmanın bile önüne geçmek için [4] hamr (şarap) ve diğer sarhoşluk veren sıvı içkilerin necis olduğuna hükmetmişlerdir. Necis olduğuna delil Ebu Sâlebe el-Huşenî hadisidir. *"Ebu Sa'lebe'nin: "Ey Allah'ın Resulü! Biz ehl-i kitab topraklarında bulunuyoruz. Onların kaplarından yiyelim mi?" sorusuna Resulullah (a.s.): "Eğer başka kap bulursanız onlarınkinden yemeyin. Başkasını bulamazsanız onlarınkini yıkayın ve onda yemek yiyin."* buyurmuştur." Ebu Dâvud'un rivayeti ise şöyledir: *"Biz ehl-i kitaba komşu bulunuyoruz. Onlar kazan ve tencerelerinde domuz eti pişiriyorlar, kaplarından hamr (şarap) içiyorlar". Bunun üzeri-*

1- Şarabın haram kılınması ile ilgili hadisler *mütevatir* derecesindedir. Bunlardan birisi Müslim'in Ebu Saîd el-Hudrî'den naklettiği şu hadistir: *"Allah teâlâ şarabı haram kıldı. Bu ayet kime yetişirse ve o kişinin yanında şaraptan bir şey kalmışsa, onu içmesin ve satmasın. "Ebu Sâid diyor ki: "Bunun üzerine insanlar yanlarındaki şarapları Medine sokaklarına çıkardılar ve yerlere döktüler."* İmam Ahmed'in Hz. Aişe'den naklettiği hadis de şöyledir: *"Her sarhoşluk verici şey haramdır. Bir fark miktarının sarhoşluk verdiği şeyin avuç dolusu da haramdır."* Fark denen ölçek 120 rıtıl miktarı tutar. (*Farak* denen ölçek ise 16 rıtıl kadardır.) İmam Ahmed ve dört *Sünen* sahibi tarafından Câbir'den rivayet edilen ve İbni Hibban'ın *sahih* dediği hadis ise: *"Çoğu sarhoşluk verenin azı da haramdır."* şeklindedir. *Neylü'l-Evtâr*, VIII, 169; *Nasbu'r-Râye*, IV, 296 vd.; *Mecmau'z-Zevâid* V, 51; *Feydu'l-Kadîr*, V, 420.

2- İmam Ahmed, Müslim ve Neseî, İbni Abbas'tan rivayet etmişlerdir. Humeydî ise *Müsned*inde Ebu Hureyre'den nakletmiştir. *Neylu'l-Evtar*, a.y.

3- *Tefsîru'l-Menâr*, VII, 58.

4- *el-Fıkhu ale'l-Mezâhibi'l-Erbaa*, I, 18; *Hâşiyetü Kalyûbî ve Umeyra alâ Şerhi'l-Celâl el-Muhalla ale'l-Minhâc*, I, 68.

ne Resulullah (a.s.) buyurdu ki: "Başka kap bulursanız onlarda yiyip için. Bulamazsanız onların kaplarını suyla yıkayıp içinde yiyip için." [1]

Şevkânî, Ebu Sa'lebe hadisinde zikredilen kapların yıkanmasının, ıslaklıkları sebebiyle kirlenmesinden dolayı değil kaplarda domuz eti pişirilmesi ve hamr (şarap) içilmesi sebebiyle emredildiğini söylemektedir.

Şarap içirilen bir hayvan sonra kesilmiş olsa, şayet içirildiği saatte kesilmiş ise kerahetsiz olarak yenmesi helâldir. Çünkü şarap henüz bağırsaklarındadır, yıkanarak temizlenebilir. Eğer üzerinden bir gün veya daha fazla bir süre geçmişse, Hanefîlere göre kerahetle birlikte yenmesi helâl olur. Çünkü şarabın damar ve sinirlere dağılmış olması muhtemeldir.

Şarap içine düşen buğday sonra tadı ve kokusu kalmayacak derecede yıkansa yenmesi helâldir. Eğer şarabın tadı ve kokusu hissedilirse yenmesi helâl olmaz.

6- Az olsun çok olsun şarap içene had cezası vurulur. Resul-i Ekrem (a.s.): *"Çoğu sarhoşluk verenin azı da haramdır"* buyurmaktadır. [2] Ashab-ı kiram da bu hususta icma etmiştir. [3]

Bir kimse su ile karışık şarap içse bakılır: Eğer çoğu şarap ise had vurulur. Çoğu şarabın tad ve kokusu gidecek şekilde sudan ibaret ise had uygulanmaz. Ancak şarap ile karışık suyu içmek, içinde gerçek olarak şarap parçaları bulunduğundan haramdır.

7- Şarap ve diğer sarhoşluk verici şeyleri içme sebebiyle hür kimselere ashab-ı kiramın uygulaması gereği ve kazf haddine kıyas edilerek seksen sopa had vurulur. Bu cumhurun görüşüdür. Şafiîlere göre ise şarap veya sarhoşluk verici şeylerde had miktarı, hür kimseler hakkında kırk sopadır. Çünkü Hz. Osman, Velid b. Ukbe'ye kırk sopa vurdurmuştur. Hz. Ali de şöyle demiştir: *"Şarap sebebiyle Resulullah (a.s.) kırk, Ebubekir kırk, Ömer ise seksen sopa vurdurmuşlardır. Hepsi de sünnettir."* [4]

1- Darekutnî tahric etmiştir. *Nasbu'r-Râye,* I, 95; *Neylü'l-Evtâr,* I, 19.

2- Dokuz sahabeden rivayet edilmiştir. Adları şunlardır: Abdullah b. Amr, Câbir, Sa'd b. Ebu Vakkâs, Ali, Âişe, İbni Ömer, Havvat b. Cübeyr, Zeyd b. Sâbit, Enes b. Malik (Allah Teâlâ hepsinden razı olsun). İbni Amr hadisini Neseî, İbni Mace ve başkaları; Câbir hadisini Darekutnî, Ahmed ve dört *Sünen* sahibi ile sahih olduğunu söyleyen İbni Hibbân; Âişe hadisini Ebu Dâvud, Tirmizî ve başkaları; İbni Ömer hadisini *Müsned*'inde İshâk b. Râhûyeh, *Mu'cem*'inde Taberânî; Havvât b. Cübeyr hadisini Hâkim ve başkası; Sa'd hadisini Neseî ve Darekutnî; Ali hadisini Darekutnî; Zeyd hadisini *Mucem*'inde Taberânî; Enes hadisini Ahmed, Ebu Ya'lâ ve başkaları rivayet etmişlerdir. Hadis *tevatür* derecesindedir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 301 vd.; *Mecmau'z-Zevâid,* V, 56 vd.; *et-Telhîsu'l Habir,* 359; *Sübülü's-Selâm,* IV, 35; *Neylü'l-Evtâr,* VIII, 179.

3- *Tefsîru'l-Menâr,* VII, 77.

4- Velîd'e sopa vurulması olayını Beyhakî nakletmiştir. Hz. Ali'nin sözünü ise Müslim, Husayn b. Münzir'den rivayet etmiştir.

8- Şarap kendiliğinden sirke hâline dönüştüğü takdirde sirkenin helâl olduğu hususunda hiç bir ihtilâf yoktur. Çünkü Hz. Peygamber (a.s.): *"Sirke ne güzel katıktır."* buyurmuştur. (1) Şarabın sirke hâline dönüştüğü ise İmam Ebu Hanife'ye göre, acılıktan hiçbir eser kalmayacak şekilde tadının ekşi hâle gelmesi ile anlaşılır. Biraz acılık tadı kalmışsa içilmesi helâl olmaz. Zira ona göre, sirkelik manası tamamen gerçekleşmeden şarap, sirke hâline gelmez. Nitekim sirke de şaraplık manası tamamen gerçekleşmeden şarap hâline dönüşmez.

İmameyne göre ise sirke olduğunu gösteren bir belirtinin ortaya çıkması ile yetinilir, biraz ekşilik belirmesi ile şarap sirke hâline dönüşmüş kabul edilir. Aynı şekilde şaraplık belirtisi ile sirke şarap hâlini almış sayılmaktadır.

Sahibi tarafından içine sirke, tuz ve benzeri bir madde atılarak sirke hâline getirilmiş ve ekşileşmiş şarabın içilmesi helâldir. Şarabın sirke hâline getirilmesi cumhura göre caizdir. Bu hüküm tabaklanan derinin temiz olması hükmüne kıyas edilerek verilmiştir. Hz. Peygamber (a.s.) de: *"Sirkenizin en iyisi şarabınızın sirkesidir."* (2) ve: *"Sirke ne güzel katıktır."* buyurmuş, şarabın kendiliğinden sirkeleşmesi ile başkası tarafından sirkeye dönüştürülmesi arasında ayrıntı zikretmemiştir. Çünkü sirke yapılması şarabın ifsat edici vasfını yok etmekte, şarapa salâh (içilebilme) vasfını kazandırmaktadır. Bir şeyi islâh edip uygun hale getirmek ise mübahtır.

Şarap sirke haline dönüşünce kaptaki şarabın değdiği yerler de temiz olur. Kabın üst kısmı da sirke ile yıkandığı zaman temiz olur. Müftâbih (kendisiyle fetva verilmiş) olan görüşe göre kap da şaraba tâbi olarak temizlenmiş sayılır. (3)

İmam Şafiî'ye göre sirke, tuz gibi bir madde (ilâc da denir) ile şarabı sirke hâline dönüştürmek helâl değildir, öyle bir muameleye tabi tutulmuş şarap temizlenmiş olmaz. Çünkü bize şaraptan kaçınmamız emrolunmuştur. Şarabı sirke yapmak ise mal hâline getirerek ona yaklaşmak demektir. Bu ise kaçınma emrine aykırı bir iştir. Zira şarabın içine atılan nesne de ona dokunması ile necis hale gelir; sirke hâline dönüşen sıvıyı da necis kılar. (4)

Şarap gölgeden güneşe çıkarılarak veya tersi yapılarak sirkeleşirse, cumhura ve esah olan görüşlerinde Şafiîlere göre helâl olur.

1- Müslim, Ahmed ve dört *Sünen* sahibi Câbir b. Abdullâh'tan rivayet etmiştir. Aynı şekilde Müslim ve Tirmizî Hz. Aişe'den, Hakim Ümmü Hâni'den, Beyhâkî de Eymen'den rivayet etmişlerdir. Hadisin bir lafzı: *"Ne güzel katıktır sirke."* şeklindedir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 310; *el-Makâsıdu'l-Hasene,* 447; *el-Câmiu's-Sağîr,* II, 188.

2- Beyhakî *el-Marife* de Câbir'den rivayet etmiş ve: "Bunun tek olarak Muğîra b. Ziyad nakletti, kendisi *kavî* bir ravi değildir." demiştir. Hicazlıların üzüm sirkesine hamr (şarap) sirkesi adını verdikleri görülmektedir. *Nasbu'r-Râye,* IV, 311.

3- *el-Mebsût,* XXIV, 7; *el-Bedâyi',* V, 113 vd.; *Netâicu'l-Efkâr,* VIII, 166; *Hâşiyetü İbni Âbidîn,* V 320.

4- *Hâşiyetü Kalyûbî ve Umeyra alâ-Şerhi'l-Celâl el-Mahallî ale'l-Minhâc,* I, 72.

4. Şarap Dışındaki Sarhoşluk Verici İçeceklerin Hükümleri

Bunlar üç gruptur:

Birinci grupta pişirilmemiş seker ve fadîh ile azıcık pişirilmiş bâzık, pişirilmemiş kuru üzüm ve kuru hurma suyu (nakî-i ıneb ve nakî-i zebîb) yer alır. Yani kuru hurma suyu kendi kendine kuvvetlenip kabararak köpüğünü atsa yahut üzüm suyu azıcık pişirilip üçte ikiden daha az bir miktarı gitse (üçte ikiden daha fazlası gitse hükmü ayrıdır), kuru üzüm suyu kendi kendine kuvvetlenip kabarsa aşağıdaki hükümlere tabi olurlar: (1)

1- Âlimlerin ittifakıyla azını da çoğunu da içmek haramdır. Çünkü "Peygamber (a.s.) Efendimiz: *"Hamr (şarap) şu iki ağaçtır."* (2) buyurmuş ve hurma ağacı ile üzüm teveğine işaret etmiştir. Bu gruptaki içkiler, kuru hurma veya üzümden olur. Bunların pişirilmek suretiyle üçte ikiden daha azı gitmekte üçte birden fazlası kalmaktadır. Yani haram olan miktarı durmaktadır.

2- Bunları helâl sayan küfre girmiş değil, dalâlete (sapıklığa) düşmüş sayılır. Çünkü haramlıkları, şarabın haramlığı derecesinde değildir. Zira *âhâd haberler* ve ashâb-ı kirâm'dan gelen *âsâr* gibi tam kesinlik ifade etmeyen bir delil ile sabit olmuştur.

3- Hanefîlere göre azını içmek sebebiyle had vurulmaz. Sarhoşluk verecek derecede içmek sebebiyle had icap eder. Çünkü yukarıda geçen: *"Her içeceğin sarhoşluk vereni"* hadisinin nassı, sarhoş olmayı haram etmiş, onu şarabın haramlığı gibi kabul etmiştir. *"Şeytan, içkide ve kumarda ancak aranıza düşmanlık ve kin düşürmek, sizi Allah'ı anmaktan ve namazdan alıkoymak ister. Artık siz hepiniz vazgeçtiniz değil mi?"* (Mâide, 91) beyan edilen içkinin o yüzden haram kılındığı manalar, her çeşit içecekten doğan sarhoşlukta da mevcuttur. O sebeple Hz. Ali Efendimiz: *"Sarhoş eden nebîzden (şuruptan) dolayı seksen sopa had vardır. Şarabın azı sebebiyle de, çoğu sebebiyle de seksen sopa ceza verilir."* buyurmuştur.

4- Haddin miktarı: Yukarda da öğrendiğimiz gibi cumhura göre seksen sopadır. Şafiîlere göre ise kırk sopadır.

5- Bu tür içkilerle tedavi olunmak haramdır. Hz. Abdullah b. Mes'ûd'a sarhoş edici içki ile tedavi olmak hakkında sorulduğunda: *"Allah teâlâ hazretleri sizin şifanızı, size haram kıldığı şeylerde yaratmamıştır."* buyurmuştur. (3)

1- *el-Bedâyi*, V, 114 vd.; *Netâicu'l-Efkâr*, VIII, 158 vd.; *el-Mebsût*, XXIV, 4.

2- Buhadî haricinde *cemaat* tarafından Ebu Hureyre yoluyla Hz. Resul-i Ekrem (a.s.)'in: *"Hamr (şarap) şu iki ağaçtan, hurma ve üzümden olur."* buyurduğu rivayet edilmiştir. *Nasbu'r-Râye*, IV, 295; *Neylü'l-Evtâr*, VIII, 172.

3- Abdurrezzak, *Mucem*'inde Taberânî ve İbni Ebu Şeybe, İbni Mes'ud'dan şöyle dediğini rivayet etmişlerdir: *"Şüphesiz Allah teâlâ şifanızı size haram ettiği şeyde kılacak değildir."* Buharî bunu İbni Mes'ud'dan *muallak* olarak nakletmiştir. Beyhakî ve İbni Hibbân'ın rivayetine ve ikincinin *sahih* bulduğuna, aynı şekilde İmam Ahmed'in Ümmü seleme'den naklettiğine göre Hz. Peygamber

6- Bu tür içeceklerin satılması İmam Ebu Hanife'ye göre, rağbet olunan bir şeyi yine rağbet olunan bir şey karşılığında değiştirerek satmak gibi olacağından kerahet ile birlikte caizdir, itlâf eden onu tazmin eder. Bu tür içeceklere insanlar tarafından rağbet olunmaktadır. Hamr (şarap) da böyle olmakla beraber yukarıda geçen şu hadisin nassıyla yasaklandığı için satışı caiz olmamaktadır: *"Ey Medine halkı! Allah teâlâ şarabın haram kılındığını bildiren ayet indirmiş bulunmaktadır. Kim bu ayeti yazmış da yanında içkiden bir şey varsa artık onu içmesin ve satmasın."* Nas, şarap hakkında gelmiştir, o hususa ait kabul edilir.

Yine aynı şekilde bu tür içeceklerin helâl olduğuna ve haramlığına delâlet eden haberlerde çelişki vardır. İmam Ebu Hanife ihtiyat yönünü tercih ederek bunları içmenin haram olduğuna hükmetmiştir. Fakat yine ihtiyaten bunların mal olma yönü de iptal edilemez. Çünkü ona göre insanların haklarını iptal etme hususunda ihtiyat cereyan etmez.

İmam Ebu Yusuf ile İmam Muhammed'e göre ise bu tür içecekleri satmak asla caiz değildir, itlâf edenlere de tazmin ettirilmez. Zira bunlar mütekavvem (kıymet taşıdığına hükmedilmiş) bir mal değildir. Mütekavvem maldan hakikaten ve şeran yararlanmak mübahtır. Halbuki bunlardan yararlanmak mübah değildir.

7- Bunların necis olup olmadıklarına dair İmam Ebu Hanife'den gelen iki rivayetten birine göre necaseti muğallaz (ağır) necaset sayılır, şarabın necaseti gibidir. Çünkü azının da çoğunun da içilmesi haramdır. Bir dirhem miktarından fazlası affedilmiş değildir. Öteki rivayete göre ise necasetleri hafif kabul edilir ve Hanefîlerce hafif olanlarda elbisenin dörtte birden az miktarı affedilmiş sayılır. Çünkü şarabın necis olduğu Allah teâlâ'nın *"Onlar rics (necis)*tir." ayeti ile şer'an sabittir. O necaset şaraba mahsustur. İmam Ebu Yûsuf'tan aşırı miktarda çok olanın necis olduğu, bunların haramlığının şarabın haramlığından daha aşağı derecede bulunduğu görüşü nakledilmiştir. İmam Serahsî, seker ve kuru üzüm şurubunun hafif necaset olduğu görüşünü tercih etmiştir. Fakat müftâbih (fetvaya esas) görüş bu tür içeceklerin necasetinin de şarabınki gibi olduğudur. [1]

İkinci grup içecekler pişirilmiş olan türlerdir. Bunlar da *müselles* (veya tılâ ve *cumhûrî* ile azıcık pişirilmiş kuru üzüm ve kuru hurma türleridir. Yani üzün suyu pişirilip üçte ikisi giderse, kuru üzüm ve kuru hurma suyu üçte ikisi gitmemiş dahi

(a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Allah teâlâ şifanızı size haram ettiği şeyde kılmamıştır."* Ebu Dâvud'un Ebu'd-Derdâ (r.a.)dan rivayet ettiğine göre Resulullah (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Allah teâlâ derdi de, devayı da indirdi. Her bir derde deva (şifa) vermiştir. O halde tedavî olunuz, haram bir şeyle tedavî olmayınız."* İmam Ahmed, Ebu Davud, *sahih* olduğunu belirten Tirmizî, İbni Mace ve İbni Hibbân'ın Vâil b. Hacer'den rivayetlerine göre Târık b. Süveyd Hz. Peygamber (a.s.)'e şarap hakkında sordu. O da onu yasaklayınca Tarık, şifa için kullanacağını söyledi. Hz. Peygamber de: *"O şifa değil, derttir."* buyurdu. *Nasbu'r-Râye*, IV, 299; *et-Telhîsu'l-Habîr*, 359; *Mecmau'z-Zevâid*, V, 72; *Neylü'l-Evtâr*, VIII, 203; *Sübülü's-Selâm*, IV, 36.

1- *Netâicu'l-Efkâr*, VIII, 160; *el-Bedâyi'*, V, 115; *Reddü'l-Muhtâr*, V, 321.

olsa pişirilirse bu gruptaki içeceklere dahil sayılırlar.

Müselles, pişirilip üçte ikisi giden ve kalanı bekletilen üzüm suyuna denir. Müselles, cumhûrî (kaynatılıp yarısı giden üzüm suyu) ve azıcık pişirilen kuru hurma ile kuru üzüm suyunun (üçte ikisi gitmese de) hükmü şudur: Bunların az miktarını içmek helâldir. Sarhoşluk veren miktarı, yani sarhoş hâle getiren son kadehi içmek ise haramdır. Sarhoşluk verdiği zaman, içene had icap eder. İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yûsuf'a göre bunların satılması, temlik edilmesi caizdir, itlâf eden kişiye ödettirilir. Bu husustaki delilleri rivayet edilmiş bir hadis ile sahabeden gelen *âsâr*dır. İbni Ömer'in rivayet ettiği hadise göre *"Hz. Peygamber (a.s.)'e bir nebîz (hurma şurubu) getirildi. Resul-i Ekrem nebizi kokladı, kuvvetli bulduğu için yüzünü astı. Sonra biraz su getirterek nebize döktü ve onu içti.* [1]

Ashab-ı kiramdan nakledilen *âsâr*dan bazıları şunlardır: Hz. Ömer şiddetli hâle gelmiş nebizi içerdi. Hz. Ali kendisine misafir gelen bir topluluğa nebiz (hurma şurubu) ikram etmiş, içlerinden biri sarhoş olmuştu. Bunun üzerine Hz. Ali o şahsa had vurdurunca adam: "Hem bana içiriyorsun, hem de had mi vurduruyorsun?" demiş, Hz. Ali de: "Ben sana sarhoşluğun sebebiyle had vurdurdum." cevabını vermişti. [2] Ancak bu haber senedinde bir *müdellis* ve *zayıf* ravî bulunduğu için kuvvetli değildir. İmam Ebu Hanife, müselles'i ehl-i sünnet vel-cemaat alametlerinden kabul ederek şöyle demiştir: "Sünnet; Şeyhayn'ı (yani Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer'i) daha faziletli kabul etmen, iki damadı (yani Hz. Osman ile Hz. Ali'yi) sevmen, mestler üzerine meshetmen, testilerde yapılan nebizi (yani müselles veya tılâyı) haram saymamandır." Helâl olma hükmü, sadece bunların az olan miktarına ve ibadete güç kazanmak, tedavi, yemeği hazmetmet gibi bir maksada göredir. Zevk ve eğlence maksadıyla içilmesi ise haramdır.

İmam Muhammed ise şöyle demektedir: Üzüm ve hurma nebizinin içilmesi

1- Taberânî rivayet etmiştir. Senedinde *zayıf* bir ravi olan Hûd b. Attâb vardır. Yine Taberânî'nin Muttalib b. Ebu Vedâa'dan yaptığı şu rivayet de bunu kuvvetlendirmektedir: *"Resul-i Ekrem'e (a.s.) bir kap getirildi, üzerine taşıncaya kadar su boşalttı, sonra da ondan içti."* Bunun senedinde de *zayıf* bir ravi bulunmaktadır. Ukaylî ise Hz. Ali'nin şöyle dediğini rivayet etmiştir: *"Nebiy-i Ekrem (a.s.) Safâ ile Merve tepeleri arasında yedi kere sa'y yaptı. Sonra Mekke bostanlarından giderek birine oturdu. "İçecek bir şey var mı?" dedi. Kendisine şurup dolu bir kap getirildi. Resulullah ondan tattıktan sonra yüzünü astı, kabı geri verdi. Bunun üzerine Hâtıb ailesinden bir adam kalkıp: "Ey Allah Resulü! Bu Mekke ahâlisinin içeceğidir." deyince Hz. Peygamber şurubun üzerine bir miktar su döktü, sonra içti. Ardından şöyle buyurdu: "Şarabın bizzat kendisi ile sarhoşluk veren her şey haram kılındı."*
Bu rivayet de senedinde *münker* hadis rivayet etmekle bilinen Muhammed b. el-Furât bulunduğu için *mâlûl* sayılmıştır. *Nasbûr-Râye,* IV, 306; *Mecmau'z-Zevâid,* V, 66.

2- *el-Mebsût,* XXIV, 15; *el-Bedâyi',* V, 116; *Netâicu'l-Efkâr,* VIII, 162. Bu hadisi Darekutnî *Sünen*'inde, İbni Ebu *Şeybe Musannef*inde Şa'bî'den rivayet etmişlerdir. Darekutnî benzerini Hz. Ömer'den de nakletmiştir. Ukaylî de kitabında bunu Hz. Ömer'den rivayet etmiştir. Hadisin İbni Ebu Şeybe ve Abdurrezzak'ın *Musannef*leri ile *el-Etrâf*ta başka senetleri ve yolları vardır. *Nasbu'r-Râye,* III, 350.

helâl değildir, fakat sarhoşluk vermeyecek kadarının içilmesi sebebiyle had icap etmez. Çünkü Hz. Peygamber (a.s.): *"Çoğu sarhoşluk verenin azı da haramdır."* buyurmuştur. Hanefîlerde fetva İmam Muhammed'in görüşüne göre verilmiştir.

Şafiî, Malikî ve Hanbelîlere göre çoğu sarhoşluk veren her içkinin azı da haramdır. Böyle bir içkiyi içene de, eğer mükellef çağda bulunuyor ve kendi isteği ile içmişse, had vurulur. Zira Resul-i Ekrem (a.s.): *"Sarhoşluk veren her şey hamr (şarap) sayılır. Her hamr da haramdır."* hadisinin *sahih* olduğunu belirtmiştir. [1]

Üçüncü grup ise zayıf bir görüşe göre helâl kabul edilen içeceklerdir. Bunlar da karışık olarak azıcık pişirilmiş olan kuru hurma ve kuru üzüm suyu ile üzüm ve hurma dışındaki şeylerden yapılan türlerdir.

Halîtan (karışık hurma ve kuru üzüm suyu), *bit'* (mısır özsuyu), *cia* (arpa ve buğday suyu), *bit'* (bal şurubu) *müselles* gibi helâl içecekler tedavi maksadı ile olursa, zevk ve eğlence niyeti bulunmama kaydıyla içilebilir, helâldir. Sarhoşluk vermeyecek miktarda bulunuyorsa azının da çoğunun da hükmü aynıdır. Bu tür içecekleri içene - o sebeple sarhoş bile olsa- had vurulmaz. Bu İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yûsuf'a göredir. Çünkü bu içeceklerde kuvvetlenip kabarma özelliği olmadığı için şaraplık manası bulunmamaktadır. Cenab-ı Peygamber (a.s.) zâten hurma ağacı ile üzüm çubuğunu göstererek: *"Hamr (şarap) bu iki ağaçtandır (elde edilir)"* buyurmuştur. Hz. Peygamber (a.s.) hamr kelimesini cinse ait olduğunu gösteren "el" tarif harfi ile (el-hamru) diye kullanmıştır. Bu ise Arap dilinde, şaraplık (hamriyyet) özelliğinin bu iki ağaçtan elde edilen içkilere mahsus olmasını gerektirir.

Bu tür içecekleri içene - çok içmesi sonucu sarhoş bile etse- had icap etmeme hükmünün dayanağı ise şudur: Bu, mübah olan bir şeyi içme sonucu meydana gelmiş bir sarhoşluktur. *Benc* denen uyuşturucu bitkiden meydana gelen sarhoşlukta olduğu gibi bunda da had icap etmez. *Müselles* içme sonucu meydana gelen sarhoşluk ise haddi icap ettirir. Çünkü müselleste sarhoşluk, içilmesi yasak olan son kadeh neticesi meydana gelmiş olmaktadır.

Bu üç grup içecek arasındaki fark özetle şöylece ortaya konabilir: Birinci grup içkilerin azı da çoğu da haramdır; içilmesi sonucu meydana gelen sarhoşluk sebebiyle had cezası icap eder. İkinci gruptan sadece sarhoşluk veren miktarı haramdır; sarhoşluk sebebiyle de had icap eder. Üçüncü grubun tedavi ve bedeni kuvvetlendirmek maksadıyla içilmesi, -sarhoşluğa sebep olsa dahi- İmam Ebu Hanife ile İmam Ebu Yusuf'a göre caizdir; o yüzden had cezası de icap etmez.

İmam Muhammed'e göre ise, her iki imamca helâl görülen bal, incir ve benzerlerinden yapılan bu dört çeşit içeceğin azı da çoğu da haramdır. Esah olan görüş

1- *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 187; *el-Mühezzeb*, II, 286; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 434 vd.; *el-Muğnî*, VIII 304.

zerlerinden yapılan bu dört çeşit içeceğin azı da çoğu da haramdır. Esah olan görüş bunlardan içip de sarhoş olana had vurulacağıdır. Hanefî mezhebinde İmam Muhammed'in görüşü ile fetva verilmiştir. [1]

Diğer üç mezhep imamına göre bunlardan az veya çok içilmesi sebebiyle [2] had vurulur. Çünkü Resul-i Ekrem (a.s.): *"Her sarhoşluk veren hamr (şarap) tır. Her hamr (şarap) da haramdır", "Çoğu sarhoş edenin azı da haramdır.", "Sarhoşluk veren her içecek haramdır.", "Üzümden de hamr (şarap) olur, baldan da şarap olur, kuru üzümden de şarap olur, buğdaydan da şarap olur, hurmadan da şarap olur. Ben size her sarhoş edici şeyi yasaklıyorum."* [3] buyurmuştur.

Haşhaş, afyon, bençin hükmü: [4]

Sıvı içecekler dışında kalıp benç, afyon, haşhaş gibi aklı gideren her şey haramdır. Çünkü bunlarda kesin bir zarar bulunmaktadır. İslâm'da başkasına zarar vermek olmadığı gibi zarara zararla karşılık vermek de caiz değildir. Ancak bu gibi maddelerin kullanılmasından dolayı had icap etmez. Zira bunlarda lezzet ve neşelenmek gibi bir yön yoktur, az miktarı çoğuna götürmemektedir. Fakat bu türleri kullananlara tazir cezası verilir.

Tedavi için benç ve diğer uyuşturucu bitkilerin az miktarını kullanmak helâldir. Çünkü bunların haram oluşu *ayn*ları sebebiyle değil, verdikleri zarar dolayısıyladır. [5]

Kahve ve sigaranın hükmü:

Kendisine kahve hakkında sorulan suali Şafiîlerden Sahibu'l-Abbâb şöyle cevaplandırmıştır: Vesile (vasıta) olan şeylerin hükmü maksadın hükmü gibidir. Maksat bir ibadete yardımcı olması ise kahvenin hükmü ona göre maksat mübah ise o da mübah; maksat mekruh ise o da mekruh; maksat haram ise o da haram olur. Bazı Hanbelîler de onun bu şekildeki tafsilatlı görüşünü desteklemiştir. Hanbelîlerden

---

1- Bira içen bazı kimseler, Hanefî mezhebine göre biranın azını içmek helâldir zannediyorlar. Halbuki gerçekte biranın azını da çoğunu da içmek bütün mezheplerin ve Hanefîlerin icması ile haramdır. Zira onların caiz gördüğü miktar içecek türünde amaç, çok zayıf bulunan vücudu kuvvetlendirmek ve tedavi etmektir. Ama içen kişilerin zamanımızda yaptığı gibi zevklenmek, neşelenmek, eğlenmek amacıyla içilirse bir damla bile olsa azı da çoğu gibi haram olur. *el-Fıkhu ale'l-Mezâhibi'l-Erbaa,* II, 7.

2- *Neylu'l Evtâr,* VII, 140; *el-Bedâyi',* V, 117; *Netâicu'l-Efkâr,* VIII, 160 vd.; *Hâşiyetü İbni Âbidîn,* V, 322 vd.

3- İmam Ahmed ile Neseî dışında *Sünen* sahipleri Nu'man b. Beşîr'den rivayet etmiştir. İmam Ahmed ile Ebu Dâvud şöyle bir fazla lafızla nakletmiştir: *"Ben, sarhoşluk verici her şeyi yasaklıyorum." et-Telhîsu'l-Habîr,* 359; *Mecmau'z-Zevâid,* V, 56; *Neylü'l-Evtâr,* VIII, 173.

4- Benc (benk), Arapçada *şiyekrân* denen, başı döndürüp uyku veren, aklı karıştıran bir bitkidir. Afyon ise haşhaş özüdür. *Haşîşe* (esrâr), Hint kendiri bitkisinin yaprağıdır.

5- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 187; *Hâşiyetü İbni Âbidîn,* V, 325; *el-Mebsût,* XXIV, 9; *Fethu'l-Kadîr,* IV 184.

Gâyetu'l-Müntehâ sahibi Mer'î b. Yusuf: "Tütün (sigara) ve kahvenin helâl olma tarafı görüşü ortaya çıkmaktadır, ancak *mürüvvet* sahibi kişilere bunları bırakmak yakışır" demiştir. [1]

5. Şarap ve Benzeri İçkilerin İçildiğinin İspatı

Bir kişinin şarap ve benzeri içkileri içtiğinin ispatı, fakihlerin cumhurunun ittifakı ile ya iki erkek müslüman şahidin içilen şeyin sarhoş edici olduğuna dair şahitlik etmesi yahut da kendisinin bir kere yaptığını ikrar etmesi ile olur. Erkeklerle beraber kadınların yaptığı şahitlik kabul edilmez. Şahitlik veya ikrar sırasında: "Filan kişi şarap içti." [2] denmesi kâfidir.

İmam Ebu Yusuf ile İmam Züfer'e göre ise, hırsızlık meselesinde olduğu gibi burada da şahitlerin adedi iki olmasına nazaran ikrarın iki ayrı mecliste iki kere yapılması şarttır.

İmam Ebu Hanife ve Ebu Yûsuf'a göre içki kokusunun kaybolması ve aradan zaman geçmesinden sonra yapılan şahitlik veya ikrar muteber değildir.

İmam Muhammed'e göre ise kokunun gitmesinden sonra yapılan şahitlik ve ikrar sebebiyle had vurulur, ama şahitliğin bir aydan daha az sürede yapılmış olması gerekir.

Kokusunun bulunması sebebiyle kişinin şarap içtiğinin ispat edilmesi hususunda ise âlimler arasında görüş farklılığı vardır:

Malikîlere göre, iki müslüman şahit o şahsın ağzını koklayarak içki kokusu hissettiklerine veya içki kustuğuna hakim önünde şahitlik ederlerse had icap eder. Çünkü Abdullah b. Mesud kendisinde şarap kokusu hissettiği bir adamı kokuya dayanak şahitlik etmeye benzeterek sopalatmış ve cezalandırmıştır. [3]

Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlere göre ise kendisinden şarap kokusu gelen ve şarap kusan kişiye had vurulmaz. Zira şarapla ağzını çalkalamış veya su zannederek içmiş olma ihtimali de vardır. Ağzına alıp çalkalamış veya sarhoşluk vermediğini zannetmiş yahut başkasının zorlaması veya kendisinin mecbur kalması gibi bir durum hasıl olmuş yahut yanlışlıkla içmiş ya da elma suyu içmiş olma gibi durumlarda

1- *Gâyetü'l-Müntehâ*, III, 331.

2- Taberânî, Abdurrezzak ve *İshâk* b. Râhûyeh Ebu Macid el-Hanefî'den rivayet ediyorlar: *"Abdullah b. Mes'ûd'a bir adam sarhoş haldeki yeğenini getirdi. İbni Mes'ud: "Onu sarsın, sallayın ki, ayılsın ve ağzını da koklayın" dedi. Gerekenler yapıldıktan sonra adamı hapse götürdüler. Ertesi günü tekrar huzuruna getirildiğinde İbni Mes'ud bir değnek istedi, budaklarını iki taş arasında iyice dövülüp düzeltilmesini de tembih etti. Sonra cellada: "Bunu kamçıyla döv, şu ince değneği at, dövülmesi gereken her organa da hakkını ver," dedi. Nasbu'r-Râye,* III, 349; *Mecmau'z-Zevâid,* VI, 275, 279.

3- *Hâşiyetü'd-Desûkî*, IV, 353; *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 436; *el-Müntekâ âle'l-Muvatta'*, III, 142; *el Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 362.

da ağızdan şarap kokusuna benzer koku gelebilir. Bu ihtimaller varsa şüphe sebebiyle had vurulmaz. Çünkü şüphe bulunduğunda had düşürülür. Hakim de kendi bildiği duruma göre had cezası veremez. [1]

Sarhoş hakkında gereken haddin imamların ittifakıyle o esnada değil de ayıldıktan sonra vurulacağı hususu göz önüne alınmalıdır. Çünkü hadden beklenen caydırıcılık vasfı o takdirde gerçekleşir.

EK:

1- Had Cezalarının Tedâhül Etmesi (Birinin Diğerinin Yerine de Geçmesi)

Bir şahıs üzerinde birden fazla had cezası birikirse bunlar ya sırf Allah teâlâya ait haklardan dolayı veya sadece kullara ait haklardan dolayı veyahut da hem Allah teâlâ'nın hem de kulların haklarından ötürü gereken cinsten olurlar.

Birinci kısım had cezaları ikiye ayrılır:

1- Arasında öldürülme cezası vermeyi gerektiren hallerde, meselâ bir şahsın hem hırsızlık yapıp hem de muhsan iken zina etmesi yahut hem şarap içip hem de yol keserek adam öldürmesi durumlarında nasıl ceza verileceği hakkında âlimlerin görüşleri farklıdır:

Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlere göre hadler tedâhül eder (teke indirilir), suçlu şahıs öldürülür, öbür hadler düşer. Çünkü İbni Mes'ud: *"Birisi öldürme olan iki had cezası bir araya gelince, öldürme cezası ötekini kuşatır."* buyurmuştur.

İbrahim en-Neheî diyor ki: "Onun öldürülmesi kâfidir. Çünkü bunlar Allah teâlâya ait suçtan vazgeçirmek maksadıyla konulmuş halis hadlerdir. Kişi öldürülecek olduğuna göre öyle bir maksat gözetme gereği yoktur."

İmam Şafiîye göre ise bütün hadler tam olarak uygulanır. Çünkü kısas olarak elin kesilmesi durumunda olduğu gibi öldürülme cezası olmaksızın icap eden ceza öldürülme cezası ile beraber de icap eder. Bunlar bir takım sebeplerle icap etmiş olan hadlerdir, tedâhül etmezler.

2- Arasında öldürülme cezası bulunmayanlar: Meselâ bir şahıs hırsızlık yapsa, zina etse, şarap içse hadler tedahül etmez, hepsi de tam olarak yerine getirilir. Bu hususta ulema arasında görüş ayrılığı yoktur. Şafiî ve Hanbelîlere göre en hafif olan cezanın uygulanmasından başlanır. Önce şarap içme haddi, sonra zina haddi, sonra hırsızlık sebebiyle gereken el kesme haddi cezaları uygulanır. Hırsızlıktan dolayı gereken el kesme cezası ile yol kesme sebebiyle gereken el kesme haddi birleşir,

1- *Fethu'l-Kadîr*, IV, 180, 186; *Tebyînü'l-Hakâik*, III, 196; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb*, III, 193; *Muhtasaru't-Tahâvî*, 270; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 190; *el-Muğnî*, VIII, 309; *Hâşiyetü'l-Bâcûrî alâ-Metn Ebu Şücâ'*, II, 246; *Gâyetü'l-Müntehâ*, III, 330.

tedâhül eder. Çünkü kesilecek yer (el) birdir.

Malikîlere göre önce el kesilir, sonra celde (sopalama) cezası verilir.

Hanefîlere göre müslümanların imamı (veya hakim) istediği cezayı daha önce uygulamakta serbesttir. İsterse önce zina haddini, isterse hırsızlık haddini uygular ve şarap içme cezasını onlardan sonra tatbik eder. Zira zina ve hırsızlık ile ilgili hadler, Kur'an-ı Kerim nassı ile, şarap içme haddi ise içtihat ile sabit olmuştur. Bu cezaların hepsi aynı zamanda bir araya getirilip uygulanmaz. Suçlunun helâkine yol açmamak için önceki ceza yarasının iyileşmesinden sonra öbür ceza uygulanır.

İkinci kısım hadler, kullara ait bir hak olan kısas ile kazf haddi (cumhura göre) cezalarıdır.

Hanefîlere göre kazf haddinde Allah teâlâ'nın hakkı da, kul hakkı da bulunur, fakat Allah teâlâ'nın hakkı ağırlık taşır. O yüzden onlara göre kazf haddi birinci kısım cezalara girer. Aynı zamanda kul hakkına da şâmil bulunduğundan diğer hadlerden önce uygulamaya konur.

Malikîlere göre, kazf hariç irtidat (dinden çıkma), kısas, yol kesme gibi bütün hadler öldürülme cezasına dahil olur. Kazf cezasında ise önce o uygulanır, ondan sonra gereken öldürme cezası infaz edilir. Zina, şarap içme ve hırsızlık hadleri bir araya gelse bütün bu hadler düşer ve öldürülme cezasına dahil sayılırlar.

Hanbelî ve Şafiîlere göre bütün hadler en hafifinden başlanarak tam olarak tatbik edilir. Önce kazf haddi vurulur, sonra el kesilir, sonra da ölüm cezası uygulanır. Çünkü bunlar kulların haklarıdır, tahsil edilme imkânı olduğuna göre diğer kul hakları gibi tam olarak alınır. Öldürülme cezasından aşağı derecede bulunanlar kula ait bir haktır, öldürülme cezası sebebiyle düşmez.

Hanefîler ise yukarıda geçen İbni Mesud'un sözünü delil göstererek ve Allah teâlâya ait halis haklara kıyas ederek daha aşağı derecedeki cezaların öldürme cezası dahil olacağını, öldürme cezasının hepsinin yerine geçeceğini söylemişlerdir.

Üçüncü kısım hadler ise Allah teâlâ'nın hakkı olan ile kullara ait hak olan hadlerin bir araya geldiği hadlerdir ki üç çeşittir:

1- Arasında öldürülme cezası bulunmayan hadler. Hanefî, Şafiî ve Hanbelîlere göre hepsi de tamamen uygulanır. Malikilere göre ise şarap içme haddi ile kazf haddi birleşir. Çünkü her iki cezadan da maksat aynıdır, yani iftiraya mani olmaktır.

2- Arasında öldürülme cezası bulunanlar. Cumhura göre Allah teâlâ'ya ait olan hadler de öldürülme cezasına dahil sayılır, ama kul hakkı olanlar tamamen uygulanır.

İmam Şafiî'ye göre bütün hadler tam olarak uygulanır. Çünkü her birinin ayrı

ayrı sebebi vardır, cezaları birbirine dahil edilemez.

3- İki hakkın tek bir yerde bir araya gelmesi. Birisi Allah teâlâya, diğeri kula ait olan meselâ kısas ile zinadan dolayı recmetme cezası gibi iki hak bir araya gelse ulemaya göre kısas önce uygulanır. Çünkü kul hakkı daha kesinlik kazanmıştır. O yerine getirilince zaten Allah teâlâya ait hak da gerçekleşmiş olmaktadır.

2- Tövbe Sebebiyle Hadlerin Düşürülmesi

Yol kesiciler hariç şarap içmiş, zina etmiş, hırsızlık yapmış olan günahkârlar tövbe etse, Hanefî, Malikî ve azhar olan görüşlerin de Şafiîlere göre cezaları düşmez.[1] Bu durum ister iş hakime intikâl etmeden sonra olsun isterse önce olsun, değişmez. Çünkü Resul-i Ekrem (a.s.), yanına gelip zina ettiğini ikrar eden Mâiz'den had cezasını düşürmemiştir. Mâiz'in günahına tövbe ederek gelmiş olduğunda şüphe yoktu. Diğer hadlerde de hüküm böyledir. Onları hak edenlerden de haddin düşürüldüğüne dâir hiç bir delil varit olmamıştır.

Kâsânî, *el-Bedâyi'*, adlı eserinde âdî hırsızlık suçunu bundan istisna ederek, hırsız, hakim tarafından yakalanmadan önce tövbe ederse, çaldığı malı sahibine iade etmek şartıyla cezası düşer, demiştir. İbni Âbidin ise şöyle demektedir: Zâhir olan odur ki, durum kendisine intikâl ettikten sonra hâkim tarafından verilen had, tevbe ile düşürülemez. Ancak hakime intikal etmeden önce tövbe sebebiyle had düşer. Suçu işlemeden önce veya sonra olsun, yol kesiciler hakkında dahi hüküm böyledir.

İmam Ahmed kendisinden nakledilen iki rivayetten azhar olanına göre şöyle demiştir: Zaman geçme şartı bulunmaksızın tövbe suçludan haddi düşürür. Çünkü Hz. Peygamber (a.s.): *"Günahtan tövbe eden kimse günâhı olmayan gibidir."* [2], *"Tövbe daha öncekileri (günahları) silip atar."* [3] buyurmuştur. Ayrıca haddin düşürülmesinde tövbeye teşvik vardır. Ancak kul hakkı olduğu için kazf haddinde bu

1- *el-Bedâyi'*, VII, 62; *Fethu'l-kadîr*, IV, 208; *Tebyînü'l-Hakâik*, III, 207; *Hâşiyetü'd-Desûkî*, IV, 347 *el-Münteka ale'l-Muvatta'*, III, 145; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 362; *Muğnî'l-Muhtâc*, IV, 184; *el-Mizân, (eş-şârânî)* II, 169; *el-Mühezzeb*, II, 288; *Tekmiletü'l-Mecmû'*, XVIII, 351; *Hâşiyetü'ş Şerkâvî*, II, 427; *el-Muğnî*, VIII, 298.

2- İbni Mace, Taberânî *(el-Kebîr*'de), Beyhakî Abdullah b. Mes'ûd'dan rivayet etmişlerdir. Taberânî'nin senedindeki raviler Buharî'nin *Sahih*'indeki ravilerdendir, ancak hadisi babası Abdullah'tan nakleden Ebu Ubeyde babasından işitmemiştir. İbni Ebi'd-Dünyâ ve Beyhakî tarafından İbni Abbas'tan *merfû* olarak rivayet edilen hadiste şu ilâve bulunmaktadır: *"Yapmaya devam etmekte olduğu günahtan istiğfar eden kimse, Rabbi ile alay eden gibidir."* Bu ilâve ile hadis *mevkûf* olarak da nakledilmiştir. Münzirî'nin dediği gibi tercihe şayan olan da odur. Taberanî, Ebu Said el-Hudrî vasıtası ile Resulullah (a.s.) Efendimizin: *"Pişmanlık tövbedir. Günahtan tövbe eden, hiç günahı olmayan kimse gibidir."* buyurduğunu da rivayet etmiştir. el-Heysemî, bu hadisin senedinde tanımadığı ravi bulunduğunu söylemiştir. *et-Terğîb ve't-Terhîb*, IV, 97; *el-Makâsıdu'l-Hasene*, 152; *Mecmau'z-Zevâid*, X, 200.

3- Bilinmektedir ki, İslâma girmek suretiyle yapılan tövbe sahih olur. İslâm, daha önceden yapılan günahları silip atar. *"Tövbe, daha önce işlenmiş günahları silip atar."* hadisi *Muğnî'l-Muhtâc'da* (IV

söz konusu değildir.

Böylelikle ortaya çıkıyor ki, bazılarının iddia ettiği gibi tövbenin dünyada had cezasını düşürmeyeceğine dâir meydana gelmiş icma bulunmamaktadır.

Hırâbe (yol kesme) haddine gelince: Yukarda açıkladığımız üzere yol kesiciler, ele geçirilmelerinden önce tövbe ederlerse onlardan haddin düşeceği hususunda ulema arasında görüş ayrılığı yoktur. Çünkü Allah teâlâ muhârip (yol kesiciler) hakkında indirdiği ayet-i kerimede: *"Kendilerini ele geçirmeden önce tövbe edenler bundan hariçtir. Biliniz ki Allah teâlâ çok yarlığayıcı ve çok merhametlidir."* (Mâide, 33) buyurmaktadır. [1]

İmam Şafiî dünyada hadler uygulanmışsa, ahirette tekrar ceza verilmeyeceği görüşündedir. Çünkü Resul-i Ekrem (a.s.) Efendimiz: *"Allah teâlâ kulu üzerine ahirette iki defa ceza vermekten daha âdildir. (iki defa ceza vermez)"* [2], *"Hadler, sahipleri için kefarettir."* [3] buyurmuştur.

Kazf sebebiyle had vurulmuş şahıs tövbe ederse şahitliği kabul edilir mi?

Bu hususta Hanefîler ile Şafiîler arasında görüş farkı vardır. Hanefîlere göre

184), *Mecmau'z-Zevâid*'de (I, 31; X, 199 vd.) zikredilmiştir. İbni Kudâme de *el-Muğnî*'de (IX, 201) *"Pişmanlık tevbedir."* hadisi ile beraber zikretmiştir. Taberanî'nin *es-Sağîr*'de Ebu Hurey re'den naklettiği rivayetteki raviler *sika* olarak nitelenmişlerse de bu hususta ihtilâf vardır. *Mecmau'z-Zevâid*, X, 199.

1- *el-Bedâyi'*, VII, 96; *Fethu'l-Kadir*, IV, 272; *Reddü'l-Muhtâr*, III, 154; *el-Furûk* (el-Karâfî), IV 181; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 184; *el-Mühezzeb*, II, 285; *el-Mîzân*, II, 285; *Hâşiyetü Kalyûbî v Umeyra*, IV, 201; *el-Muğnî*, VIII, 295 vd.; *el-Kavânînü'l-Fıkhıyye*, 357, 362 vd; *es-Siyâsetü'ş-Şer'iyye*, 67; *A'lâmu'l-Muvakkıîn*, II, 78, IV, 398; *İhyâu Ulûmi'd-Dîn*, IV, 14 vd.; *Gâyetü'l-Müntehâ*, III, 345 vd.

2- İmam Ahmed, Tirmizî, İbni Mace ve Hâkim'in Hz. Ali'den naklettiklerine göre Hz. Resul-i Ekrem (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Kim haddi gerektiren bir suç işler de cezası âcilen bu dünyada verilecek olursa, artık Allah teâlâ âhirette kuluna tekrar ceza vermekten daha âdildir. Kim de haddi gerektiren bir suç işler de Allah teâlâ onun kabahatini örter ve affederse, artık Cenab-ı Hak affettiği bir şeye tekrar dönmekten daha kerim ve yücedir." Câmiu'l-Usûl*, IV, 349; *el-Câmiu's-Sağîr*, II, 164.

3- Bu manada pek çok hadis vardır. Bazıları şunlardır: Taberanî ve İmam Ahmed'in Huzeyme b. Sâbit'ten naklettiğine göre Resulullah (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Her hangi bir kul Allah'ın yasak ettiklerinden bir şey işler ve kendisine had cezası uygulanırsa, o ceza o günaha kefaret olur."* Başka bir rivayet ise şöyledir: *"Kim bir günah işler ve kendisine o günahın cezası verilirse, o ceza, o günahın kefareti* olur." Bu rivayetin ravilerinden ismi verilmeyen biri dışında diğerleri *sika*dır. Hadis mana olarak İbni Ömer'den *merfu* bir senetle de rivayet olunmuştur. Senetteki bir ravi *metrûk*tur. *Sahihü'l-Buharî*'yi şerheden İmam Kastalânî şerhte (VII, 380): "Hadler, kefarettirler.' demektedir. İmam Nevevî *Sahîhu Müslim* şerhinde (XII, 224) ilerde gelecek Ubâde b. es-Sâmit hadisini şerhederken: "Bu bâb had cezalarının o suçu işleyenler için kefâret olduğu hakkındadır." diye başlık koymuştur. *Mecmau'z-Zevâid*, VI, 265.

yaptığı kazf sebebiyle had vurulmuş şahsın şahitliği artık ebediyen kabul edilmez; isterse tövbe etsin, halini düzeltsin. Onlara göre tövbe, kul ile rabbi arasında kalbî bir iştir. Bizim o işe vakıf olmamız zarurî değildir. Zira bu tövbeye göre gerekecek bir hüküm bulunmamaktadır.

Cumhura göre ise kazf sebebiyle kendisine had vurulmuş şahıs tövbe edecek olursa şahitliği kabul edilir. Onun tövbesi kendisini yalanlaması suretiyle olur. İmam Şafiînin ashabından Istahrî: "Bu, kâzif olan şahsın: "Dediğim şeyde yalan söyledim, aynı söze bir daha dönmeyeceğim." demesi şeklinde olur." diye açıklamıştır. İmam Şafiî'nin ashabından Ebu Ishâk el-Mervezî ise şöyle der: "Yalan söyledim." ifadesini kullanmamalıdır, çünkü doğru söylemiş de olabilir. O takdirde ise "yalan söyledim" sözü yalan olur. Yalan söylemek ise masiyettir, bir günahtır. Bir günahı işlemek de diğer bir günahtan tövbe etmek yerine geçmez. O şahsın ancak: "Başkasına kazfetmek (zina isnadında bulunmak) batıldır. Söylediğime pişman oldum, ondan döndüm. Bir daha aynısını yapmam." demesi lâzımdır.

İmam Şafiî'nin tövbe kalbe ait bir amel olduğu hâlde kâzifin tövbeyi dili ile söylemesini şart koşması, tövbeye şer'î bir hükmü, had vurulmuş şahsın tövbe ettiği zaman şahitliğinin kabul edileceği hükmünü bağlaması sebebiyledir. Hakimin onun tövbesini bilmesi lâzımdır ki, şahitliğini kabul edebilsin.

Hanefîler ile cumhur arasındaki görüş farkının kaynağı, ilgili ayet-i kerimedeki isnisna ifadesinin hangi cümleye ait olduğu hususundaki ihtilâftır: *"Namuslu ve hür kadınlara zina isnadıyla kazfeden, (iftira atan), sonra bu hususta dört şahit getirmeyen kimselerin her birine de seksen değnek vurun. Onların şahitliklerini ebediyen kabul etmeyin. Onlar fasıkların tâ kendileridir. Ancak bundan sonra tövbe vedip hallerini düzeltenler müstesna. Çünkü Allah çok bağışlayıcı, çok merhametlidir."* (Nûr, 4-5) İkinci ayetteki istisna daha önce geçen bütün cümlelere mi aittir ki o takdirde fasıklık durumunun kalkması gibi şahitliği reddi durumu da kalkacaktır, yoksa son cümleye (onlar fasıklardır, cümlesine) mi aittir? İhtilâf, usûl ile ilgili meşhur:

"Atıf edatı kullanılarak yapılmış cümleler arkasından gelen istisna hepsine mi, yoksa sadece son cümleye mi ait sayılır?" meselesinden kaynaklanmaktadır.

Hanefîlere göre kazfte bulunduğundan ötürü kendisine had vurulmuş bir şahsın artık ebediyen şahitliği kabul edilmez. Çünkü istisna ayetteki son cümleye mahsustur. Bu cümle haber kipiyle yapılmış yeni bir cümledir, kendinden önceki cümleden ayrıdır (münkatıdir). Hatıra gelebilecek kazfın böyle bir ceza için uygun bir sebep olmadığı şeklindeki bir ihtimali kaldırmak için getirilmiştir.

Onlara cevap olarak şöyle deniliyor: Bu cezayı gerektiren illet (ana unsur) o kişilerin fasıklığıdır. Şahitliğin reddindeki illet fısk hâlidir. Fasıklık tevbe ile kalkınca, o illetin neticesi olan şahitliğin reddi durumunun da kalkması lâzım gelir.

Çünkü hüküm illetinin kalkması ile kalkar.

Malikî, Şafiî ve Hanbelîlerden ibaret olay cumhura göre ise kazften dolayı kendisine had vurulmuş bir kişinin şahitliği, tövbe etmesi ile tekrar kabul edilir. Çünkü ilgili ayetteki istisna (vav) edatı ile birbiri üzerine atfedilmiş cümlelerin hepsine birden aittir. Tövbe ile fasıklık durumu kalktığı gibi şahitliğin reddi hükmü de kalkar. Fakat tövbe ile had düşmez, bu hususta icma bulunmaktadır. Çünkü bu hadde kul hakkı vardır. Daha önceki cümlelerden sonra yer alan istisna sigasının o cümlelerin hepsini de içine almayı gerektirmesi yönünden bir mani de yoktur. O halde istisna, şahitliğin reddi ve fasıklık hükümlerine ait olarak kalır. Zemahşerî de böyle demiştir. Tabiînin çoğunluğu ile Hanefîler dışındaki çeşitli fakihlerin görüşü de budur. [1]

Kâzifin şahitliğinin ne zamandan itibaren reddedileceği hakkında ise İmam Ebu Hanife ve İmam Malik: "Celde (sopa) vurulduktan sonra reddedilir, çünkü ayetin zahiri, her ne kadar (vâv) tertip gerektirmiyorsa'da cümlelerin dizilişindeki tertibe göre hükmün verileceğini göstermektedir." demişlerdir. İmam Şafiî, şahitliğin reddinin kazf haddine bağlı olmadığını belirtmiştir. Zira ayetin zahirine göre bir kimse ne zaman kazfte bulunur ve beyyine (delil) getirmekten de aciz kalırsa üç cezaya müstahak olur: Had vurulması, şahitliğinin reddolunması ve fâsık diye nitelenmesi.

Tövbe kısas ve diyeti düşürür mü?

Öldürme olayı sabit olduktan sonra kâtil hakkında ya kısas (öldürülmesi) ya da diyet cezası icap eder. Kısas cezası, öldürülen kişinin velilerin diyet karşılığı veya hiç bir şey almaksızın affetmeleri halinde düşer. O hâlde öldürülenin velilerine ait şahsî bir hak ile ilgili olduğu için kısas veya diyet tövbe sebebiyle düşmez. Buna göre kâtilin tövbesi, kısas için kendisini teslim etmedikçe, affedilmesi yahut hata yoluyla öldürmesi durumunda da diyeti ödemedikçe sahih olmaz. Kâtilin tövbesi sadece istiğfar etmek ve pişman olmakla gerçekleşmez, aynı zamanda öldürülenin velilerini hoşnut etmesine bağlıdır. Öldürme olayı kasten vuku bulmuşsa kâtilin, kısas yapılmak üzere kendini öldürülenin velilerine teslim etmesi lâzımdır. Onlar isterlerse kâtili öldürürler, isterlerse bir şey almadan affederler. Eğer affedecek olurlarsa katilin tövbesi kâfidir. Af sebebiyle artık dünyada başka bir cezadan kurtulmuş olur.

Ama kendisi ile Allah teâlâ arasında kalan haklardan da kurtulmuş olur mu?

İbni Abidin daha önce işlenen bir zulmün tövbe ile düşmeyeceği görüşünü daha kuvvetli bulmaktadır. Çünkü bu zulüm kul hakkı ile ilgilidir, kâtil kıyamet günü

1- *Tahrîcu'l-Furû ale'l-Usûl,* 207 vd.; *Tefsîru Ayâti'l-Ahkâm,* (el-Ezher), 1953 baskısı. III, 131; *el Muharrar fî'l-Fıkhi'l-Hanbelî,* II, 251 vd.

de hesaba çekilecektir. Kâtilin günaha sürüklenmesi sebebiyle kendi aleyhinde işlediği zulüm ise tövbe ile düşer. (1)

İmam Nevevî ile bir çok âlime göre şerîatin zahirî delilleri tövbe ettiği takdirde ahirette kâtile ceza verilmeyeceği yönündedir. Nitekim çeşitli hadis-i şerifler bunu göstermektedir. Bu hadislerin en meşhuru Buharî ve Müslim'de zikredilen geçmiş devirlerde yüz kişi öldürmüş bir kâtilin tövbesi ve Allah teâlâ'nın onun tövbesini kabul etmesiyle ilgili hadis-i şeriftir. (2)

Tazirlerin tövbe sebebi ile düşürülmesi:

Hadler ve kısas gibi haklarında dince belirli miktarlar bulunan cezalar üzerinde tövbenin tesiri konusundan bahsederken haklarında belirli miktarlar bulunmayan tazir cezaları üzerindeki tesirini de ele almak uygun olacaktır.

Tövbe sebebiyle hadlerin düşürülmesi hususunda fakihlerin zikrettikleri şeylerden Allah teâlâ'ya ait haklar ile şahıslara ait haklar arasında tazir cezaları bakımından fark gözetmenin zarurî olduğu anlaşılmaktadır. (3) Çünkü tazir, dince kötü görülen bir şeyi işleyen veya bir sözle, bir fiil ya da işaret ile başkasına eziyet eden kimseye verilecek cezadır. Tazir cezası, bazen Allah teâlâ'nın bazen kulun, bazen de her ikisi arasında ortak olmakla beraber bir tarafa daha ağır basan bir hakkın ihlâlinden dolayı verilir.

Eğer tazir sövme, kötü söz sarfetme, haksız yere vurma, dövme, sahtekârlık yapma, yalancı şahitlikte bulunma gibi şahsen dava etmeye bağlı olan insana ait halis bir hak ise tövbe ile de hakimin affetmesi ile de düşmez; ancak hakkına tecavüz edilmiş kişinin affı ile düşer.

Tazir, eğer Ramazan ayında özürsüz yere kasten oruç bozma, namazı terketme, açıkça fâiz yeme, içkili sofralara, fısk ve günah işlenen toplantılara katılma gibi Allah teâlâ'ya ait halis haklar hususunda olursa, yahut da yabancı bir kadınla cinsî ilişki dışında öpme, kucaklama, onunla yalnız kalma gibi Allah hakkının daha ağırlıklı bulunduğu hususlarla ilgili ise hakimin affı sebebiyle düştüğü gibi tövbe ile de düşer.

Bu tafsilat gerçekte Hanefîler ile Şafiîlerin görüşüdür.

Fakat bazı fakihlerden bir takım görüşler nakledilmiştir. Bunlar genel olarak tazirin mutlak manada tövbe ile düşeceğini, bu noktada fakihlerin ittifakı bulunduğunu ifade etmektedir.

1- *Reddü'l-Muhtâr,* V, 389.

2- Ebu Said et-Hudrî rivayet etmiştir. *Riyazu's-Salihîn,* 14; *Kitâbu't-Tevvâbîh,* (İbni Kudâme), 85 Şam bsk.

3- *Reddü'l-Muhtâr,* III, 190, 198, 204 vd.; *Nihâyetu'l-Muhtâc,* VII, 175; *Risâletu't-Ta'zîr* (Dr. abdüla ziz Amir), 41, 436-441.

Meselâ Malikîlerden el-Karâfî: "Tazir tövbe sebebiyle düşer, bu hususta her hangi bir görüş ayrılığı bilmiyorum." [1] demektedir.

Her halde bu görüşlerden maksat Allah teâlâya ait olan farz hükmündeki tazirdir. Çünkü tazir ile had arasındaki farklılık Allah teâlâya ait haklarda söz konusudur. Kul hakları ise bilindiği üzere ancak sahibinin hoş görüsü veya affetmesiyle düşer. Kul hakları sahiplerine ödenmediği sürece tövbe ile düşmez. Aynı şekilde Allah teâlânın affı da ancak hak sahibinin affetmesi veya hakkı düşürmesi ile gerçekleşir. [2]

3. Hadler Zâcir (Suçun Önüne Geçici) midir, Yoksa Câbir (Telâfi ve Islah Edici) midir?

Hadlerin meşru kılınışındaki esas maksat, yeryüzünde fesat çıkmasına, fert ve toplumlara zarar verilmesine mani olmak için insanların dinî yasakları işlemelerinin ve emirleri terketmelerinin önüne geçmektir. [3] Fakat fakihlerin üzerinde görüş ayrılığına düştükleri şöyle bir nokta vardır: İşlediği cinayetten (suçtan) ötürü cezasını dünyada tam olarak gören kimseye acaba ahirette tekrar ceza verilecek midir?

Hanefîlere göre had ve tazir cezaları zecrî, suç işlenmesini önlemeye yönelik olarak konulmuştur. Gaye günahkâr ve isyancıları evlilik ilişkilerini bozmaktan, neseplerin karışıp kaybolmasından, ırz, akıl, can ve malı itlâf etmekten alıkoymaktır. Ahirette günahtan temizlenmesi ise ancak suçlunun, günahkârın tövbe etmesi ile mümkün olur. Hanefîleri bu kanaate sevkeden deliller, günah işleyenin cehennemde cezalandırılmaya müstahak olduğunu gösteren ayet-i kerimelerdeki genel manadır. Meselâ: *"Kim bir mümini kasten öldürürse cezası, içinde ebedî kalıcı olmak üzere cehennimdir."* (Nisâ, 93) ayeti ile, yol kesiciler hakkında bildiğimiz cezaları belirtildikten sonra: *"Bu onların dünyada uğrayacakları rüsvaylık ve rezilliktir. Ahirette ise onlara (başkaca) pek büyük bir azap vardır."* (Mâide, 33) ilâvesi bulunan ayetler bu kabildendir. Yani Allah teâlâ Hazretleri onlara hem dünyada, hem de ahirette ceza verileceğini haber vermekte sadece tövbe eden kişiden ahiretteki cezanın düşeceğini bildirmektedir. [4]

Âlimlerin çoğuna göre ise şer'î cezalar asıl olarak dünyada suçun önüne geçmek için konulmuşsa da aynı zamanda, dünyada cezasını çeken bir müslüman hakkında bir câbir olmakta, yani ahirette görmesi gereken cezayı telâfi edip onun yerine de geçmiş olmaktadır. Kâfir hakkında ise zecrî özelliğini korumaktadır. Bir müslümana dünyada ceza uygulanırsa, mbu onu ahiret azabından kurtarmaktadır.

1- *el-Fürûk,* IV, 181.
2- *Ahkâmu'l-Kur'ân,* (İbnu'l-Arabî), II, 600; *Kurtubî Tefsiri,* XVIII, 200.
3- *el-Ahkâmu's-Sultâniyye* (el-Mâverdî), 213; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 112; *Tebyînü'l-Hakâik,* III, 163.
4- *Fethu'l-Kadîr ve Tebyînü'l-Hakâik* 'teki aynı yerler; *el-Bahru'r-Râik,* V, 3; *Hâşiyetü İbni Abidîn,* III, 154; *Ahkâmu'l-Kur'an* (el-Cessâs), II, 412.

O halde şerî cezalardan iki türlü fayda sağlanmış olmaktadır. Yukarıda geçen: *"Allah teâlâ kuluna ikinci bir defa âhirette azap etmekten daha âdildir. (bu Onun adaletine uygun düşmez.)"* hadisi de buna delildir. Hadisin başka bir rivayeti: *"Bir günah işleyip de cezasını dünyada çeken kişi ahirette tekrar o sebepten cezalandırılmaz."* şeklindedir. İmam Müslim'in *Sahih*inde nakledilen bir hadiste ashâb-ı kiramdan Ubade b. es-Samit şöyle diyor: *"Resulullah (a.s.) ile birlikte bir mecliste idik. Resul-i Ekrem (a.s.) şöyle buyurdu: "Allah'a hiç bir şeyi ortak koşmamanız, hırsızlık yapmamanız, haklı bir sebep dışında kimseyi öldürmemeniz şartıyla biat edersiniz de sizden kim bu biatına sadık kalır ve vefa gösterirse, onun sevabını vermek Allah teâlâ'ya kalmıştır. Kim de bu sayılan şeylerden birini işler ve cezasını çekerse, o ceza kendisi hakkında kefaret olur. Her kim de bu günahlardan birini yapar ve Allah teâlâ da onun suçunu örter, ortaya çıkarmaz ise işi Allah'a kalmıştır. Dilerse suçunu bağışlar, dilerse azap eder."* (1)

Şeriatta zevâcir (önleyici cezalar) ile cevabir (noksanları tamamlayıcı, telâfi edici) cezaların kaidesi nedir?

el-İzz b. Abdüsselâm, el-Karâfî ve *Tehzîbu'l-Furûk* müellifi diyorlar ki (2): Cevabir (telâfi için) olanlar kaçırılmış menfaatleri çekmek, zevacir (suçu önlemek için) olanlar ise fesat ve günaha engel olmak için meşru kılınmıştır. Cevabir'den maksat Allah teâlâ'nın ve kulların haklarına ait olup kaçırılmış bir takım menfaatleri telâfi etmektir. Telâfi mecburiyetinde kalan kişinin günahkâr olması şartı yoktur.

Zevacir ile cevabir arasında dört yönden fark vardır:

a) Zevacir cezalar, meydana gelmesi muhtemel olan fesadın önüne geçmek için, cevabir türünden olan cezalar ise kaçırılmış bir takım menfaatleri telâfi etmek için meşru kılınmıştır.

b) Zevacir türü cezaların çoğu, suçtan alıkoymak, niyetli olanları vazgeçirmek maksatıyla günahkâr ve suçlular hakkında kararlaştırılmıştır. Bazen ortada bir isyan veya suç olmadan da böyle cezalar konmuş olabilir. Nitekim çocuklar, deliler hakkında konmuş bazı zecrî cezalar vardır ki, onların bir suçu dolayısıyla değil verebilecekleri zararı önlemek ve onları ıslah etmek için meşru kılınmıştır. İsyancılarla savaş da müslümanların birliğinin bozulmasını önlemek için yapılır. Halbuki bir tevile (kendilerince haklı bir yoruma) dayanarak isyan eden isyancılar bu sebeple günahkâr kabul edilmemektedirler.

1- Buharî, Müslim, Tirmizî ve Neseî Ubâde b. es-Samit'den rivayet etmişlerdir. Câmiu'l-Usûl, I, 161, Nevevî'nin Müslim Şerhi, XI, 223 vd.; el-Kastalânî'nin Buharî Şerhi, VII, 380; *Muğni'l-Muhtâc,* III, 359, IV, 2; *Hâşiyetü'l-Buceyrimî,* Hadler babı; İmam Şafiî'nin *el-Ümm*'ü, Hadler babı; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 136; *Kavâidu'l-Ahkâm,* (el-İzz b. Abdüsselâm) I, 150; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 315.

2- *Kavâidu'l-Ahkâm,* (el-İzz b. Abdüsselâm) I, 150 vd.; *el-Furûk,* I, 213; *Tehzîbu'l-Furûk,* I, 211.

Telâfî türünden olan (cevabir) cezaların çoğu ise, hata yoluyla, kasten, bilerek bilmeyerek, unutma ve hatırlama hâllerinde bile meşru kılınması da gösteriyor ki günahı ve suçu olmayanlara, deli ve çocuklara da verilebilmektedir. Suçu önlemek için verilen cezaların (zevacir) çoğu, suç işlemesine engel olmak için isyan eden, kabahat işleyenlere verilmektedir.

c) Zevacir türünden cezaların çoğu ya miktarı belirli bir had ya da belirli bir miktarı olmayan tazir şeklindedir ve cezaya uğrayanlar tarafından değil hakim tarafından uygulanır. Telâfî kabilinden olan (cevabir) cezalar ise bu cezaya uğrayan kişi tarafından yerine getirilir.

Bazı kefaretlerin zevacir mi yoksa cevabir türünden mi olduğu hususunda ihtilâf vardır. Çünkü mal ve benzeri ödemeler gerekmesi itibarıyla bu çeşit kefaretlerde bazı zor taraflar bulunmaktadır, zevacire benzemektedir. Öte yandan niyetsiz sahih olmayan bir takım ibadetler şeklinde yerine getirildiğinden cevabire benzemektedir. Çünkü Allah'a yakınlaşma zecrî ceza ile olmaz. Had ve tazirler, Allaha daha yakın olma gayesiyle yapılan ibadet türlerinden değildir. Zira kendilerine zecrî ceza uygulananlarca yapılmamaktadır. Netice olarak bu kefaretler, ancak niyet ile sahih olabilen ibadet ve taatlerden oldukları için ibadetlerdeki noksanları tamamlayıcı, telâfî edici mahiyette bir ceza olarak gözükmektedir.

d) Telâfî edici türden cezalar (cevabir) canlar, çeşitli organlar ve organların sağladığı menfaatler, yaralamalar, ibadetler, mallar ve menfaatlerden dolayı gerekebilir. Zevacir ise böyle değildir, sadece cinayetlerde ve aksine yapılan işlerde söz konusudur. Malikîlerden İbni Rüşd'ün *Bidâyetü'l-Müctehid*'inde şöyle denilmektedir: [1]

"Hakkında had bulunan cinâyetlerin sayısı beştir:

a) Vücut, can ve organlara yönelik işlenen cinayetler. Bunlara öldürme ve yaralama denir.

b) Ferce (cinsî uzva) karşı işlenen cinayet (suç). Ona da zina ve fuhuş denir.

c) Mallara karşı işlenen cinayetler. Bunların her hangi bir tevile (yorum) dayanmaksızın savaş açmak şeklinde olanına hırâbe (yol kesme), bir tevile dayanarak yapılanına bağy (isyan etme) adı verilir. Saklandığı yerden gizlice malın alınması şeklinde olan cinayete hırsızlık (sirkat), bir makam ve güç kullanılarak alınması suretindekine gasp denir.

d) Namusa karşı işlenen cinayetin adı kazftir.

e) Haddi aşarak şeriatın haram kıldığı içecek ve yiyeceklerin mubah kabul

1- *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 387.

edilmesine yönelik işlenen cinayetler. Bunlardan sadece hamr (şarap) içmek ile ilgili olarak şeriatimizde had bulunmaktadır, ki bu had üzerinde şeriatin sahibi olan Cenab-ı Peygamber (a.s.) Efendimizden sonra ittifak meydana gelmiştir.

Sözü geçen hususlara dair telâfî edici cezalardan ibadetler ile ilgili olanlar şunlardır: Abdest yerine teyemmüm etmek, sehiv secdesi, nafile namaz kılan kimsenin kıbleye dönemediği takdirde yolculuk yaptığı yöne dönerek kılması, korku namazı kılan kişinin zaruret gereği düşmanın bulunduğu tarafa yönelmesi, çok yaşlı olan kişinin tutamadığı oruç yerine bir miktar yiyeceği fidye olarak vermesi, hac ve umrede işlenen yasaklardan dolayı oruç, yemek yedirmek, kurban kesmek gibi cezalar ile noksanları tamamlamak. Görülüyor ki, namaz ancak bedenî bir amel ile, mallar ancak malî bir şekilde, hac ve umre ise bazen oruç gibi bedenî bir amel ile, bazen de kurban ve yemek yedirmek gibi malî bir ödeme ile telâfi edilmektedir. Oruç da üzerinde oruç borcu bulunduğu halde ölen kimsenin durumunda olduğu gibi bazen benzeri bir oruç ile, bazen de çok yaşlı kimsenin fidye ödemesi gibi malî bir ceza ile telâfî olunur.

Malların telâfisi hususunda asıl olan mümkün ise malın kendisini sahibine geri vermektir. Malı bütün nitelikleri ile tamamen geri veren onun sorumluluğundan kurtulur. Eğer bazı eksikliklerle verirse eksikliği kıymetini ödeyerek telâfi etmiş olur. Çünkü nitelikler mislî mallardan değildir.

Menfaatler ise iki türlüdür: Birisi, eğlence yerlerinden sağlanan menfaatler, haram olan cinsî ilişki, dokunmak, ellemek, öpmek, kucaklaşmak gibi haram menfaatlerdir. Hakîr ve adi olduğundan dolayı nasıl necis, pis şeyler telâfi edilmiyorsa bunlar da hakir ve değersiz olduğu için telâfî edilmez.

İkincisi, mübah ve kıymet biçilebilen türden olan bir menfaattir. Fasit ve sahih akitlerdeki, gâsıp gibi haksız yere eline geçirmiş kişinin yanında telef olan menfaatlerde telâfî gerekir. Çünkü şeran bunlar birer kıymete sahip olup mal mertebesinde bulunmaktadır. Telâfinin kiraya vermek gibi akitler yoluyla yahut telef ve itlâf etmek, sahibinin ondan istifadesini engellemek yoluyla olması arasında bir fark yoktur. Zira bütün mallarda en belirgin maksat menfaatlerdir. Kim bir köyü veya bir evi gasbederse, gasp süresince menfaate verdiği bütün zararları tazmin eder. Hanefîlere göre gasbedilen şeyin menfaatleri tazmin ettirilmez. Ancak son devir Hanefî âlimlerine göre yetime ve vakfa ait mal ile gelirinden yararlanmak üzere hazırlanmış bulunan malların menfaatleri tazmin ettirilir. Can, insan organları ve bu organların sağladığı faydalar ile yaralamalardan ötürü Şeriatin takdir ettiği diyetler, kefaretler, hakim tarafından miktarı tesbit edilen yaralama tazminatları telâfi türünden birer cezadır. Şeriatin kısas, dövme, hapsetme, tedip etme türünden koyduğu cezalar ise zevacir (suçu önlemeye yönelik konmuş cezalar)dir.

Suçu örtme prensibi, hadler hususunda şefaatçilik yapmak:

Dava hakim önüne götürülmeden önce had cezasını gerektiren bir günah işle-

yenin kabahatini mutlak olarak örtmek, kapamak müstehaptır. [1] Tirmizî ve Hâkim'in Ebu Hureyre'den naklettikleri bir hadiste: *"Kim bir müslümanın ayıbını örterse Allah teâlâ da onun dünyada ve ahirette kabahatini örter."* buyurulmaktadır. İbni Mace'nin *merfû* olarak İbni Abbas'tan naklettiği başka bir hadis de şöyledir: *"Kim bir müslüman kardeşinin avretini (ayıp ve kusurunu) örterse Allah teâlâ da kıyamet gününde onun avretini örter. Kim de bir kardeşinin avretini açarsa Allah da onun avretini (kusurunu) ortaya çıkarır, hatta evinin içinde bile onu rezil eder."* Şahitlik konusunda buna dair başka deliller de zikredilecektir.

Dava hakim önüne geldikten sonra Allah teâlâ'nın koyduğu had cezaları hakkında şefaatçilik etmek (affedilmesi için aracılıkta bulunmak) ve şefaati kabul etmek haramdır. [2] Ama durum hakime ulaşmadan önce caizdir. Çünkü Resul-i Ekrem (a.s.): *"Kimin yaptığı şefaatçilik Allah teâlâ'nın hadlerinden bir hadd tatbikine engel olursa, o kişi Allah teâlâ'ya Onun işi hususunda karşı gelmiş olur."* [3], *"Yeryüzünde icra ve tatbik edilen bir had, yeryüzündekiler hakkında kırk sabah yağmur yağmasından daha hayırlıdır."* [4] buyurmuştur. Hz. Peygamber (a.s.) her hangi bir had hakkında şefaatçilik yapmayı hoş görmemiştir ve bunu yasaklamıştır. Hz. Âişe diyor ki: *"Mahzûm kabilesinden bir kadın ödünç eşya alır, sonra da aldığını inkâr ederdi. Resulullah (a.s.) o kadının elinin kesilmesini emretti. Bunun üzerine kadının ailesi Resul-i Ekrem'in çok sevdiği Üsâme b. Zeyd'e gelip ondan Hz. Peygambere gidip kendilerine af işinde yardımcı olmasını rica ettiler. Üsâme Hz. Peygamber (a.s.)'in huzuruna gidip konuyu açınca Allah'ın Resulü (a.s.) ona şöyle hitap etti: "Ey Üsâme! Allah teâlâ'nın hadlerinden biri hususunda şefaatçilik ettiğini görmeyeyim." Sonra da ayağa kalktı halka hitaben şöyle buyurdu: "Sizden öncekiler içlerinden şerefli ve itibarlı biri hırsızlık yaptığında onu salıvermeleri, zayıf birisi hırsızlık ettiğinde elini kesmeleri sebebiyle helâk oldu. Canımı elinde tutan Allah'a yemin olsun ki, Muhammed'in kızı Fâtıma bile hırsızlık yapsa onun da elini keserdim."* Ondan sonra Mahzûm kabilesinden olan kadının eli kesildi. [5]

1- *Neylü'l-Evtâr,* VII, 136.

2- *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 312.

3- İmam Ahmed ve Ebu Dâvud, İbni Ömer'den rivayet etmiştir. Hakim de aynı şekilde nakletmiş, *sahih* olduğunu söylemiştir. İbni Ebu Şeybe başka, sahih bir yoldan İbni Ömer'e *mevkûf* olarak tahric etmiştir. Taberânî'nin *el-Evsat'ta* Ebu Hüreyre'den *merfu* olarak naklettiği rivayet: *"Allah teâlâ'ya muhalefet etmiştir."* şeklindedir. *Neylü'l-Evtâr,* VII, 107.

4- İbni Mace ve Nesei, Ebu Hüreyre'den rivayet etmiştir. a.g.e.

5- İmam Ahmed, Müslim ve Nesei, Hz. Âişe'den rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr,* VII, 131.

İRTİDAT ETME (İSLÂM'DAN DÖNME) HADDİ ve MÜRTETLERE (İRTİDAT EDENLERE) AİT HÜKÜMLER

1. Tarifi

Riddet de denen irtidadın lügat anlamı "Bir şeyden başka bir şeye dönmek" demektir. Hükmen en ağır ve fahiş derecdeeki küfür irtidattır. Şafiîlere göre, ölüme kadar devam eden irtidat, amelleri iptal eder. Hanefîlere göre irtidat etme anından itibaren daha önceki ameller boşa gider. Allah teâlâ şöyle buyurmaktadır: *"İçinizden kim dininden döner de o kâfir olarak ölürse onların (o gibilerin) yaptığı (iyi) işler dünyada da, ahirette de boşa gitmiştir. Onlar o ateşin (cehennemin) arkadaşlarıdır. Onlar orada (bir daha çıkmamak üzere) ebedî kalıcıdırlar."* (Bakara, 217)

Şer'î yönden irtidat (riddet), ister niyet ile ister küfre düşürücü bir fiil yahut sözle olsun; ister alay için isterse inat yüzünden yahut inanarak söylensin, İslâm dininden dönüp inkâra, küfre sapmak manasına gelir.

Buna göre *mürted* (irtidat eden), İslâm dininden küfre, inkâra dönen kişi demektir. Her şeyin yaratıcısı olan Allah teâlâ'yı inkâr etmek, peygamberleri kabul etmemek, bir peygamberi yalanlamak; haramlığı icma ile kabul edilen zina, livata (homoseksüellik), şarap içme, zulüm yapma gibi fiilleri helâl saymak; yine icma ile helâl olduğu bilinen alışveriş, nikâh gibi muameleleri haram saymak, farz olduğu ittifakla kabul edilen meselâ beş vakit farz namazlardan birinin bir rekâtını reddetmek, aynı şekilde farz olduğu hakkında icma bulunmayan bir şeye meselâ, beş vakit farz namazda bir fazla rekât daha bulunduğuna veya şevval ayında oruç tutmanın farz olduğuna inanmak, ertesi gün kâfir olmaya azmetmek veya o hususta tereddüt etmek insanı İslâmdan çıkaran küfürler türündendir.

İnsanı küfre, inkâra sokan fiillere örnek olarak, Kur'ân-ı Kerim'i veya Resulul-

lah (a.s.)'ın hadislerini toplayan bir kitabı lağıma, pisliğe atmak güneşe ya da puta tapmak gösterilebilir. (1)

Mürted, zındık, sebbeden (söven), sihir yapan:

Mürted: İnkâr ettiğini açıkça söyleyerek veya inkârı gerektiren bir söz telaffuz ederek yahut da inkâra götürecek bir fiil işleyerek kendi arzusu ile İslâm'dan dönen mükellef şahıstır.

Zındık: İçinde küfür sakladığı halde dışından müslüman gözüken kişidir. Eğer küfrüne rastlanırsa öldürülür, tövbeye davet de edilmez; tevbe ettiği iddiası da kabul edilmez. Ancak zındıklığı ortaya çıkmadan tövbe ederek İslâma dönerse o zaman sözü kabul edilir.

Sihirbaz (sihir yapan): Bu da kâfir gibi yakalandığında öldürülür. Tövbesinin kabulü hususunda çeşitli görüşler vardır.

Allah teâlâ'ya, Resulullah (a.s) Efendimize veya peygamberlerden ya da meleklerden birine kötü söz söyleyen, söven kimse eğer müslüman ise ittifakla öldürülür. Tövbeye davet edilip edilmeyeceği hakkında ihtilâf vardır. Mâlikilerde meşhur olan görüşe göre tövbeye davet edilmez. Şayet kâfir ise, kâfirliğin gereği dışında bir şeyi söyleyerek sebbetmişse (sövmüşse) öldürülür, yoksa öldürülmez. (2)

2. İrtidadın Gerçekleşmesi İçin Gereken Şartlar

İrtidadın sahih olması için iki şart gerektiğinde alimlerin ittifakı vardır:

1- Akıl: Delinin, aklı ermeyen çocuğun irtidat etmesi sahih değildir. Çünkü akıl, itikat ve başka hususlarda ehliyetin şartlarındandır.

Aklı yerinde olmayan sarhoşun, Hanefîlerce istihsan deliline göre, irtidat etmesi de sahih olmaz; çünkü böyle kimse bunamış kimseye benzer, aklı yerinde değildir. Uykuda bulunanın durumu gibi onun da irtidat etmesi sahih değildir. Mükellef durumda da bulunmamaktadır. Delinin durumunda olduğu gibi onun da irtidadı sahih olmaz. (3)

Şafiîlerde mezhep görüşüne, Hanbelîlerde İmam Ahmed'den gelen iki rivayetten azhar olanına göre haddi aşmış derecede sarhoş olan kişinin irtidat etmesi de müslüman olması da sahih olur. Nitekim talak ve diğer tasarrufları da sahih olmaktadır. Ashab-ı Kiram sarhoş olduğu sırada yaptığı iftiradan dolayı sarhoş kişiye cezayı lâzım görmüşler yani iftira olma zannı bulunan şeyi, iftiranın kendisi yerine geçtiğini kabul etmişlerdir. (4) Fakat irtidat etmiş ise sarhoş kişi o haldeyken öldü-

1- *Muğnîl-Muhtâc,* IV, 133 vd.; *el-Mühezzeb,* II, 288; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 332; *el-Muğnî,* VIII 123, 131; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 385; *Hâşiyetü'd-Desukî ale'ş-Şerhi'l-Kebîr,* IV, 301.

2- *el-Kavânînu'l-Fıkhıyye,* 364 vd.; *Gâyetu'l-Müntehâ,* III, 359, 362.

3- *el-Bedâyi',* VII, 134; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* III, 311 vd.

4- *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 137; *el-Muğnî,* VIII, 147 vd.

rülmez; beklenir. Ayıldıktan sonra üç gün geçince tövbe etmesi istenir.

Bülûğ çağına girmiş olmak İmam Ebu Hanife, İmam Muhammed ile Malikîlere ve Hanbelîlere göre şart değildir. Temyiz çağındaki çocuğun irtidat etmesi geçerlidir. Fakat İmam Ebu Hanife ile İmam Muhammed'e göre böyle olan çocuk öldürülmez ve dövülmez; ancak İslâma girmesi için zorlanır, [1] bülûğa erdiği zaman hapsedilir ve dövülebilir. İrtidat ettiğine hüküm verildikten sonra varsa karısı kendisinden boş olur, mürtet olan kişi hakkındaki öteki cezalara ise çarptırılamaz. Çünkü cezaları yüklenme sorumluluğunu kabule ehil durumda bulunmamaktadır.

İmam Ebu Yûsuf ile İmam Şafiî'ye göre ise bülûğa erme şarttır. Temyiz çağındaki çocuk ile delinin irtidadı sahih olmaz; çünkü mükellef sayılmazlar. Onların söz ve fiilleri bağlayıcı değildir. Yani bu iki imama göre çocuğun İslâma girmesi de sahih olmamaktadır. Çünkü hadis-i şerifte sorumlu olmayan üç kişi zikredilirken: *"Bülûğ çağına erinceye kadar çocuktan da sorumluluğun kaldırıldığı"* belirtilmiştir. *Fethu'l-Kadîr* ve başka kaynaklarda İmam Ebu Hanife'nin de sonradan bu görüşü kabul ettiği zikredilmiştir.

Şafiîler dışındaki cumhura göre temyiz çağındaki çocuğun İslâma girmesi sahihtir. Hadis-i şerîfte: *"Her doğan İslâm fıtratı (yaratılışı) üzere doğar."* buyurulmaktadır. [2] Başka bir hadisinde Resul-i Ekrem (a.s.): *"Lâilâhe illallah diyen cennete girer."* buyurmuştur. [3] Netice olarak cumhura göre temyiz çağındaki çocuğun İslâma girmesi de irtidat etmesi de sahihtir, Şafiîlere göre sahih değildir.

Temyiz çağındaki çocuğun İslâma girmesinin kabul edileceği hususunda cumhurun görüşü daha tercihe şayandır. Çünkü Hz. Ali (r.a.) küçükken müslüman olmuştu.

Erkek olmak ise ittifakla şart değildir. Kadının da irtidat etmesi sahihtir.

2- İrtidadın isteyerek, kendi dileğiyle olması da şarttır. İttifakla, kalbi iman ile

---

1- Bu, ana babasına tabi sayılarak müslüman sayılmış, sonra kâfir olarak bülûğa ermiş ve bülûğdan sonra kendisinden irtidat ettiği yolunda bir ikrar duyulmamış çocuk misâli gibidir. Bu kimse İslâma zorlanır, ama öldürülmez. Ancak bülûğdan sonra İslâmı ikrar eder, ardından irtidat ederse öldürülür. *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* III, 335.

2- Buharî, Müslim, Ahmed, Muvatta'da Malik, Tirmizî, Ebu Dâvud, Ebu Hüreyre (r.a.)'den: *"Hiç bir doğan yoktur ki İslâm fıtratı üzere doğmuş olmasın..."* lafzıyla; Ebu Ya'lâ, Taberânî ve Beyhakî ise el-Esved b. Seri'den: *"Her doğan..." lafzıyla rivayet etmişlerdir. Camiu'l-Usûl,* I, 178; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 200; *el-Câmiu's-Sağîr,* II, 94. Fıtrat, çocuğun İslâmı kabule yatkın olarak yaratılması demektir.

3- *el-Bedâyi', a.y.; Muğnî'l-Muhtâc,* a.y.; *el-Muğnî,* VIII, 133, 135 vd. *"Kim Lâilâhe İllallah derse'* hadisini ise Bezzar, Ebu Saîd el-Hudrî (r.a.)'den rivayet etmiştir. *Mütevatir* sahih bir hadistir. Otuz dört sahabeden: *"Kim Allah'tan başka ilâh olmadığına şehadet ederse kendisine cennet vacip olur."* lafzıyla rivayet edilmiştir. *en-Nazmu'l-Mütenâsir mine'l-Hadîsi'l-Mütevâtir, el-Kettânî,* 28; *el-Câmiu's-Sağîr,* II, 177; *Mecmau'z-Zevâid,* X, 81 vd.

dopdolu olduğu halde ikrâh (zorlama) altında kalarak irtidat etmek sahih olmaz. Nitekim ikrâh konusunda bu husus zikredilmişti. (1)

3. Mürted (İrtidat Eden)'le İlgili Hükümler:

Mürtedin öldürülmesi:

İrtidat eden şahsın öldürülmesinin vacip olduğunda alimler ittifak halindedirler. Çünkü Resulullah (a.s.) Efendimiz: *"Kim dinini (İslâmı) değiştirirse onu öldürünüz."* (2) *"Müslüman bir kişinin kanı ancak şu üç şeyden biri ile helâl olur: Zinâ eden evli şahıs, başka birini öldüren kişi, cemaatten ayrılıp dinini terkeden kimse."* buyurmuştur. (3) İrtidat eder erkeğin öldürülmesi lâzım geldiği hakkında ilim ehli icma etmiştir. Hanefîler hariç cumhura göre irtidat eden kadın da öldürülür. Bunun delili şu haberdir: *"Ümmü Mervan adındaki bir kadın İslâm'dan dönmüştü. Durumu Hz. Peygamber (a.s.)'e bildirildi. O da kadının tövbeye davet edilmesini, tövbe ederse bırakılmasını, yoksa öldürülmesini emretti."* (4) Meşhur Muaz (r.a.) hadisinde zikredildiğine göre Resulullah (a.s.) kendisini Yemen'e gönderdiği vakit şöyle buyurdu: *"Hangi erkek İslam'dan dönerse onu önce İslâm'a davet et. Dönerse ne âla; yoksa boynunu vur. Yine hangi kadın İslâm'dan dönerse onu önce İslâm'a davet et. Dönerse ne âla; yoksa onun da boynunu vur."* (5) Hafız İbni Hacer: "Hadisin isnadı hasendir. İhtilâf konusunda temel kabul edilmesi gereken bir nastır." demektedir.

Hanefîlere göre, irtidat eden kadın öldürülmez; fakat İslâm'a dönmesi için zorlanır. Zorlamak da İslâma dönesiye ya da ölesiye dek hapsedilmesi şeklinde olur. Çünkü büyük bir suç işlemiş durumdadır. Her üç günde bir dine geri dönmeye zorlamak için dövülür. İrtidat eden kadını öldüren kişiye şüphe bulunduğu için bir şey gerekmez. İrtidat eden kadının öldürülmesinin caiz olmadığına dair Hanefîlerin delili Resul-i Ekrem (a.s.)'in: *"Herhangi bir kadını öldürmeyiniz."* hadisi ile kadınların öldürülmesini yasakladığını belirten diğer bir sahih rivayettir. Zira öldürme küfür sebebiyle değil savaşma şerrini önlemek için caiz kılınmıştır. Kâfir olmanın cezası Allah katında öldürmekten daha fazladır. O yüzden öldürme cezası savaşa fiilen katılana mahsus sayılır ki o da kadın değil erkektir. Çünkü kadın sadece niyeti sebebiyle savaşçı kabul edilemez. (6)

1- Adı geçen eserler ve *el-Muğnî*, VIII, 145; *Gâyetu'l-Müntehâ*, III, 353, 358.

2- Müslim dışında *cemaat* ile İbni Ebu Şeybe ve Abdurrezzak İkrime yoluyla Hz. İbni Abbas'dan rivayet etmişlerdir. Tahrici yukarıda geçti. *Neylü'l-Evtâr*, VII, 190.

3- Buhari ve Müslim, İbni Mesud (r.a.)'dan rivayet etmişlerdir. *Sübülü's-Selâm*, III, 231; *el-İlmâm*, 443.

4- Darekutnî ve Beyhakî, Cabir (r.a.)'den tahirc etmişlerdir. isnadı *zayıf*tır. Beyhakî başka zayıf bir vecihten Hz. Aişe (r.a.)'den de tahric etmiştir. *Neylu'l-Evtâr*, VII, 192; *Nasbu'r-Râye*, III, 458; *et-Telhîsü'l-Habîr*, Mısır baskısı, IV, 49.

5- Taberani *el-Mucem*'inde Muaz b. Cebel (r.a.)den rivayet etmiş, Hâfız İbni Hacer, senedinin *hasen* olduğunu söylemiştir. *Neylu'l-Evtâr*, VII, 193; *Nasbu'r-Râye*, III, 457.

6- *el-Mebsût*, X, 98 vd.; *Fethul-Kadîr*, IV, 385 vd.; *el-Bedâyi'*, VII, 134; *Tebyînü'l-Hakâik*, III, 38 vd.; *ed-Dürrü'l-Muhtâr ve Reddü'l-Muhtâr*, III, 312, 326.

Öldürmeden önce, Hanefîlere göre, irtidat eden kişinin İslâma dönme ihtimali bulunduğu için tövbeye davet edilip kendisine İslamın teklif edilmesi müstehaptır, fakat vacip değildir. Çünkü İslâm dini ona ulaşmış durumdadır. Şayet İslâma dönerse bu hoşnutlukla karşılanır. Eğer dönmezse o zaman İslâm devlet başkanı (veya onun naibi) onun durumuna bakar: Tövbe etme ümidi varsa yahut mürtedin kendisi süre talep ederse üç gün mühlet verir. Ama tövbe etme ümidi yoksa ya da mürted mühlet isteğinde bulunmazsa hemen öldürülür. Hz. Ömer (r.a.) Efendimizden nakledilen şu rivayet buna delâlet etmektedir: *"İslâm ordularından kendisinin yanına gelen bir adama Hz. Ömer: "Uzaklardan yeni bir haber var mı?" diye sordu. Adam: "Evet, bir adam müslüman olduktan sonra tekrar Allah teâlâ'yı inkâr etti, biz de onu öldürdük" dedi. Bunun üzerine Hz. Ömer: "Onu bir evde üç gün hapsedip her gün bir ekmek vererek tutsaydınız ya... Belki de tövbe ederdi." dedi. Sonra da şöyle ekledi: "Allahım, ben bu olayda bulunmadım, öyle yapılmasını emretmedim ve duyduğumda razı da olmadım."* [1] Ancak Kemalüddîn İbnü'l-Hümâm: "Hz Ömer'in bu şekilde olaydan uzak olduğunu ifade etmesi tövbeye davet etmenin vacip olmasını gerektirir" demektedir.

Mürtedin tövbesinin şekli:

İrtidat eden şahıs tekrar İslâma dönerken İslâm dışındaki bütün dinlerden uzak olduğunu açıklar. İntikal ettiği din veya inançtan uzak olduğunu ifade etse de yeterlidir. Çünkü maksat hasıl olmuş olur. İrtidat eden kişinin ve bütün kâfirlerin tövbesi kelime-i şehâdet söylemeleri ile gerçekleşir. [2]

Cumhura göre ise irtidat eden kadın ve erkeğin öldürülmeden önce üç kere tövbeye davet edilmesi vaciptir. Yukarıda geçen Ümmü Mervan hadisi ile Hz. Ömer'den gelen tövbeye daveti vacip gördüğü yolundaki rivayetler bu hükmün delilidir. Kadınların öldürülmesi yasağı harbî (savaş halindeki) kadınlara ait kabul edilir. Bunlar ise irtidat eden kadınlarla ilgilidir. [3]

Netice olarak irtidat eden kişiye tekrar İslâma girme teklifinde bulunmak Hanefîlere göre müstehap, [4] cumhura göre vaciptir. Eğer mürted bir şüpheye kapılmışsa kendisine o hususta gerekli açıklama yapılır. Çünkü görünen odur ki, ancak şüpheye düşen bir kişi dinden döner. Hanefîlere göre mürtedin üç gün hapsedilmesi menduptur. Bu sürede her gün kendisine İslâm teklif edilir. Müslüman olursa ne âlâ; olmaz ise *"Dinini değiştireni öldürün."* hadisi gereği öldürülür. [5]

1- İmam Malik Muvatta'da, Beyhakî de İmam Şafiî yoluyla Muhammed b. Abdullah b. Abdulkadir'den: *"Ebu Musa el-Eş'arî'nin yanından Ömer b. el-Hattab'a bir adam geldi..."* şeklinde rivayet etmişlerdir. *Nasbu'r-Râye,* III, 460; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 191.

2- *el-Lübâb Şerhu'l-Kitâb,* IV, 149; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 360.

3- *Bidayetü'l-Müctehid,* II, 448; *eş-Şerhu'l-Kebîr,* IV, 304; *Muğnî'l-Muhtâc,* 149 vd.; *el-Muğnî,* VII 124 vd.; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 358.

4- *el-Kitab ma'a'l-Lübâb,* IV, 148.

5- Buharî, Ebu Dâvud, Neseî, Tirmizî, İbni Mace, Ahmed, Abdullah b. Abbas (r.a.)'tan rivayet etmişlerdir. Yukarıda tahrici geçti.

İrtidat eden sadece imam (devlet başkanı) veya onun naibi tarafından öldürülür. Onların izni olmaksızın mürtedi öldüren yanlış yaptığından tazir cezasına çarptırılır. Fakat öldürmesi sebebiyle tazminat ödemesi gerekmez. Mürtedi tevbeye davet edilmesinden önce bile öldürse ya da mürted temyiz çağında olsa dahi hüküm böyledir. Ancak mürted dar-ı harbe kaçmış ise herkesin onu öldürme ve elindekini alma hakkı vardır.

2- Mürtedin malı ve tasarruflarının hükmü:

Mürtedin tekrar İslâma dönmesi halinde malının daha önceki mülkiyeti üzere sabit olacağı hususunda ihtilâf yoktur. Aynı şekilde ölmesi veya öldürülmesi yahut dâr-ı harbe kaçması durumlarında mallarının onun mülkiyetinden çıkacağı hakkında da ihtilâf bulunmamaktadır.

Mürtedin ölmesi, öldürülmesi ya da dâr-ı harbe kaçması durumlarında mallarından mülkiyetinin kalkması acaba irtidat ettiği vakitten geriye doğru gidilerek mi, yoksa bu hallerin meydana geldiği zamandan itibaren mi gerçekleşmiş sayılacaktır? Bu noktada ihtilâf edilmiştir.

İmam Ebu Hanife'ye -ki mezhebinde fetva için sahih kabul edilen görüş onunkidir-, İmam Şafiî'den nakledilen üç görüşün azhar olanına, İmam Malik'in mezhebindeki racih olan görüşe ve İmam Ahmed'in sözünün zahirine göre, irtidat eden şahsın malları ridde (dinden çıkma) olayı ile mevkuf duruma geçer. Yani sonucu belli olup karara bağlanana kadar mallarına hacir (tasarruf yasağı) konur. Şayet tekrar İslâma dönerse mülkiyetinin devam ettiği anlaşılır. Eğer irtidat etmiş iken ölür, öldürülür yahut da dâr-ı harbe kaçar ve kâfirlere iltihak ettiğine hüküm çıkarsa, sırf irtidat etmesi ile mallarından mülkiyetinin kalktığı anlaşılmış olur.

İmam Ebu Hanife'ye göre müslüman iken kazandıkları müslüman mirasçılarına intikal eder. Çünkü irtidat etmesi ölmesi yerine geçmekte, müslümanın müslümana mirasçı kılınması için gerekli şart gerçekleşmiş olmaktadır. İrtidat halinde kazandıkları ise bütün müslümanlar için ganimet sayılarak beytülmâle konur. Çünkü irtidat halindeyken elde ettiği kazanç, kanı mübah bir kişinin kazancı olup onda kimsenin hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla harbî olan bir şahsın malı gibi ganimet hükmünde olur.

İmam Ebu Hanife'ye göre mürtedin irtidat halinde yaptığı alış-veriş, hibe, vasiyet ve benzeri tasarrufları da aynı şekilde mevkuftur. Eğer tekrar İslâma dönerse tasarrufunun sahih olduğu anlaşılır. İrtidat halinde öldürülür veya ölürse tasarrufları batıl sayılır. Şafiîlere göre tasarruf, meselâ vasiyet gibi mevkuf olma ihtimali bulunan cinsten ise mevkuftur. Satış, hibe, rehin verme gibi mevkuf olma ihtimali yoksa batıl kabul edilir. Zira Şafiîlere göre akitlerin mevkuf kabul edilmesi batıldır.

Şafiîlerin delili şudur: İrtidat etmesi ile mürtedin canının masumluğu kalkar,

artık öldürülmesi vacip olur. Malının masumluğu da bu şekilde kalkar. Çünkü malı da canın masumluğuna tabidir, maldan da mükliyeti kalkmış, zail olmuş sayılır. Mürtet öldürülme durumuyla karşı karşıyadır. Öldürülmesi veya ölmesi halinde, geriye doğru giden bir etki sebebiyle mülkiyet de kalkar. Ölüme götüren sebep irtidat etmesidir. Ancak her şeye rağmen İslâma tekrar dönmesi için kendisine çağrıda bulunulacağı, o takdirde ise İslama dönme ihtimâli mevcut olduğuna istinaden mülkiyetin hemen kalkması hükmü durdudulur. Şayet tekrar İslâma girerse irtidadının mülkiyetin kalkma sebebi olmadığı anlaşılmış olur. Ama öldürülür veya ölür, ya da dâr-ı harbe kaçarsa, meydana geldiği vakitten itibaren irtidadın mülkiyetin kalkma sebebi olduğu anlaşılmış olur. Çünkü hüküm sebebinden geri kalmaz.

İmam Ebu Yûsuf ve İmam Muhammed ile Hanbelîler'in racih görüşlerine göre, mürted olan kişinin mülkiyeti sırf irtidat etmesi ile kalkmaz. Sadece ölümü yahut öldürülmesi sebebiyle kalkar. Çünkü irtidadın etkisi mülkiyetinin kalkmasında değil onun kanının mübah olmasında ortaya çıkar. Bu durum hakkında recm ve kısas cezası verilmiş kimsede olduğu gibidir. Ayrıca bu şahıs mükelleftir ve tam ehliyet sahibi bulunmaktadır. Dolayısıyla mülkiyetinin baki kaldığına hükmolunur. Hakkında meselâ recm cezası hükmü verilmiş kişide olduğu gibi canın masumluğu kalktığı için mülkiyetin de kalkması lâzım gelmez.

Ancak Hanbelîlere göre irtidat eden şahıs dâr-ı harbe kaçıp sığınsa mülkiyeti zail olmaz, kalkmaz. Fakat herkes tarafından tövbeye davet etmeden öldürülmesi artık mübah olur. Artık harbî olduğundan gücü yeten herkes için onun malını almak da mübahtır. Bu husustaki hüküm harbîler ile ilgili hüküm gibi olmuştur. O takdirde mürtedin tasarrufları mevkuf kabul edilir.

İmameyn (Ebu Yûsuf ile Muhammed)'e göre ise, ölmesi veya öldürülmesi hallerinde olduğu gibi mürted kişinin dâr-ı harbe iltihak etmesiyle derhal mallarındaki mülkiyeti kalkar, bütün malları mirasçılarına intikal eder. İrtidat edenin malları hususunda yaptığı tasarruflar geçerli sayılır. Ebu Yûsuf şöyle diyor: "Mürtedin tasarrufları, vücudu sağlam normal bir insanın tasarrufları gibi geçerlidir. Çünkü İslâma dönmesi mümkündür, öylece öldürülmekten kurtulabilir. Hasta ise hastalığı kendisinden defetme imkânına sahip değildir. Sağlam ile hasta arasında benzerlik bulunmamaktadır."

İmam Muhammed ise, onun tasarruflarının ölüm halinde bulunan hastanınki gibi geçerli olduğunu söylemektedir. Yani mirasçılar bakımından ancak üçte bir oranında teberruda bulunması geçerli olur. Zira irtidat eden, hakkındaki öldürülme cezasının infâz edilmesi ile ölüme maruz bulunmaktadır. Dolayısıyla ölüm halindeki hastanın durumuna benzemektedir.

İmam Ebu Hanife ile İmameyn arasındaki ihtilâfın irtidat eden erkek hakkında olduğu görülüyor. İrtidat eden kadının mallarındaki mülkiyetinin kalkmayacağı hususunda ise aralarında bir ihtilâf yoktur. Kadının malında yapacağı tasarrufları

geçerlidir. Çünkü onlara göre irtidat eden kadın öldürülmez. İrtidat etmesi mallarındaki mülkiyeti kaldırmadığı için yapacağı tasarruflar da geçerli olur. [1]

Mürtedin bıraktığı mirasın hükmü:

Mürtet öldüğü veya öldürüldüğü takdirde önce borçları, cinayet tazminatı, zevce ve yakınlarının nafakaları ödenir. Çünkü bu hakların iptal edilmesi caiz değildir.

Geriye kalacak mal ise bütün müslümanlar için ganimet sayılarak beytülmâle konur. Malikî, Şafiî ve Hanbelîlerin mezhebinde durum böyledir. [2] Çünkü Hz. Peygamber (a.s.) Efendimiz: *"Müslüman kâfire mirasçı olmaz, kâfir de müslümana mirasçı olmaz."* buyurmuştur. [3]

İmam Ebu Hanîfeye göre mürted kişi ölür veya öldürülür ya da dar-ı harbe kaçıp iltihak ederse ve malını dar-ı İslâmda bırakırsa, müslüman iken kazandıkları mirasçılarına intikal eder. İrtidat halindeyken kazandıkları ise ganimet sayılarak müslümanların beytülmâline konur. Çünkü mirasın geriye doğru uzanan bir etkisi bulunmaktadır. Müslüman iken kazandığına irtidat öncesi elde edildiği için mirasçı olunur. Yani o kısımda mirasın geriye doğru uzanan bir etkisi vardır; bir müslümanın bir müslümana mirasçı olması için gereken şart gerçekleşmiş durumdadır. İrtidat halindeyken kazandığı ise ganimet sayılır. Zira irtidat ile mülkiyeti kalkmıştır, kazancın maliki yoktur. Dolayısıyla mirasçı olunamamaktadır. Burada mirasın geriye doğru uzanan bir etkisini kabul etme imkânı bulunmamaktadır. Çünkü kazanç irtidat öncesi kazanılmış değildir.

İmameyne göre ise mürtedin her malına mirasçılar mâlik olur. Kazancın irtidat öncesi veya sonrası olması bir şeyi değiştirmez. Onların kabul ettiği kaide gereği mürtedin mallarındaki mülkiyeti irtidat sebebiyle kalkmış sayılmamaktadır; mülkiyeti bakidir. Mürtet mülk edinmeye ehildir. Mülkiyeti sabit bulunduğu zaman ise ölüm veya o manadaki bir sebep ile malları mirasçılarına intikal eder. Miras bırakmasının irtidat öncesine kadar uzanan bir etkisi olduğu muteber sayılır. O malları sanki müslüman iken kazanmış, mirasçıları da onun müslüman olduğu sırada mallara varis olmuş kabul edilir. Böylece müslümanın müslümana mirasçı olması şartı tatbik edilmiş sayılır.

Mirasçı olma ehliyeti hususunda da İmam Ebu Hanife ile İmameyn arasında görüş farkı vardır. İrtidat zamanında mı yoksa ölüm zamanında mı mirasçının İslâm veya başka yönden durumu göz önüne alınacaktır?

1- *el-Mebsût*, X, 101; *el-Kitâb ma'a'l-Lübâb*, IV, 150 vd.; *el-Bedâyi'*, VII, 136; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 39(- 397; *Tebyînu'l-Hakâik*, III, 285; *ed-Dürrü'l-Muhtâr*, III, 328; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 305 vd *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 142 vd.; *el-Muğnî*, VIII, 128 vd.; *Gâyetü'l-Müntehâ*, III, 361.

2- *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 304; *Muğni'l-Muhtâc* a.y.; *el-Muğnî*, a.y.

3- İmam Ahmed ile Kütüb-i Sitte sahipleri Üsâme b. Zeyd'den rivayet etmişlerdir, *sahih* bir hadistir. *et-Telhisu'l-Habîr*, *Mısır bsk.* III, 84; *Sübülü's-Selâm*, III, 98; *el-İlmâm*, 388.

İmameyne göre mürtedin ölüm yahut öldürülme vaktinde varisin mirasçı olmaya ehil ve lâyık olup olmadığı göz önüne alınır. Çünkü onlara göre mürtedin mülkiyeti ölüm ve o manada bir sebep ile kalkar. Şayet o sırada varis hür bir müslüman ise mirasçı olur, değilse olmaz.

İmam Ebu Hanife'den gelen bir rivayete göre sadece irtidat sırasındaki durumu göz önünde bulundurulur. O sırada miras almaya ehil ise mirasçı olur. Sonradan bu ehliyeti kaybolsa dahi hüküm değişmez. Diğer rivayete göre ise irtidat sırasında varisin durumu göz önünde bulundurulur. Ama mürtedin ölmesi yahut öldürülmesine kadar da varisin mirasa ehil olma durumunu koruması gerekir. Bir kimse irtidat sırasında hür bir müslüman sıfatıyla mirasçı durumunda bulunup mürtedin ölmesine veya dar-ı harbe kaçıp iltihak etmesine dek bu hâl üzere kalsa, mirasçı olur.

Doğrusu, *el-Mebsût* sahibinin dediği gibi mürtedin ölmesi, öldürülmesi yahut dar-ı harbe iltihak ettiği hükmünün verilmesi sırasında mirasçının durumunun göz önüne alınmasıdır. Çünkü mülkiyet sebebinin oluşmasından sonra ve fakat sebebin tamamlanmasından önce olan şeys sebebin aslının mevcut oluşundan önce meydana gelen şey gibidir. Meselâ satılan maldan ortaya çıkan fazlalık, diyelim ki yavru, veya meyve, müşteri henüz o malı eline geçirmeden önce meydana gelmiş ise, bu fazlalık satılan mala ilhak edilmiş sayılır. Akit onun da üzerine yapılmış, aktin başından beri o da varmış gibi kabul edilir. Semen (bedel) hem asla hem de ondan doğan fazlalığa taksim edilerek hesap edilir. İrtidat eden şahıs kaçıp dar-ı harbe iltihak eder, hakim de bu hususu karara bağlarsa, artık üzerindeki vadeli borçların vakti gelmiş sayılır. Hanefîlere göre müslüman iken kazandıkları müslüman olan mirasçılarına intikal eder.

Dar-ı harbe iltihak ettiğine dair hakimin hüküm vermesi şart mıdır?

Bu hususta Hanefîlerde iki rivayet vardır. Birine göre, dar-ı harbe kaçıp iltihak ettiğine dair hakimin hükmünün bulunması lâzımdır. Çünkü tekrar dar-ı İslâma dönme ihtimâli de vardır. *Zahirur-rivaye*'ye göre hakimin kararına ihtiyaç yoktur.

Ancak mürtedin dar-ı harbe iltihakı sebebiyle mirasçı olma ehliyeti için hangi vakit göz önüne alınacaktır; iltihak ettiği vakit mi yoksa hakimin buna karar verdiği vakit mi? Bu hususta İmameyn farklı görüşe sahiptir.

İmam Ebu Yusuf'a göre hakimin karar verdiği vakit göz önünde bulundurulur. Çünkü mülkiyet ancak o zaman kalkar. Sadece dar-ı harbe iltihak etmek bir kayıplık hali kabul edilir. Ercah olan görüş budur.

İmam Muhammed'e göre ise iltihak ettiği vakit muteber sayılır. Çünkü dar-ı harbe kaçma mülkiyetin kalkma sebebidir, o yüzden mülk zail olur. Hakimin hükmü, mürtedin geriye dönme ihtimalini kaldırmak suretiyle iltihak etme hususunu karar bağlamak için lâzımdır.

Dar-ı harbe kaçıp iltihak ettikten sonra mürtet tekrar müslüman olarak İslâm diyarına dönerse bakılır: Eğer bu hakimin kararını vermesinden önce ise malı olduğu şekilde kalır, onundur. Eğer hakimin kararından sonra gelmişse, mirasçılarının elinde bulunduğu mal onun hakkıdır, mahkeme yoluyla onları geri alır. Çünkü dar-ı harbe iltihak ettiğine dair hakimin verdiği daha önceki karar malı, mürtedin mirasçısının mülkü yapmıştır. O mülk kendisine ancak mahkeme veya karşılıklı onlaşma yoluyla dönebilir.

Fakat başkasına mülk olarak vermek yahut tüketmek suretiyle mal mirasçının mülkiyetinden de çıkmış ise artık mürtet mirasçısından bu malı isteme hakkına sahip olamaz.

Mürtedin borçları:

Müslüman iken yaptığı borçlar müslüman iken kazandığından, irtidat halindeyken yaptığı borçlar irtidat halinde kazandığından ödenir. İmam Ebu Hanife ile İmam Züfer'den gelen rivayet böyledir.

TAZÎR

İslâm şeriatinde belirli miktarları bulunan had cezaları konusunu bitirdikten sonra şer'an belirli bir sının olmayan tazir cezasına sıra gelmiş bulunuyor. Tarifi, icap etmesi için gereken şartlar, miktarı ve sıfatı, ispat yolları, tazir cezası verilmiş kişinin ölümü halinde tazminat ödenmesi başlıklarıyla tazir konusunu kısaca ele alacağız.[1]

1. Tazirin Tarifi, Gerektiren Sebepler, Kimin Uygulayacağı ve Uygulanış Şekli

Tazir, asıl olarak men etmek, engel olmak manasına gelir. Düşmanın zarar vermesini engellediği için nusret (yardım etmek) manasına ta'zir de denir. Sonra ise tazir, daha çok had cezasından aşağı derecede bulunan tedip etme, aşağılama, tahkir etme manasına kullanılagelmiştir.

Şer'î yönden ise tazir, hakkında had ya da kefaret bulunmayan bir cinayet (suç) veya masiyetten, günahtan dolayı gereken cezadır. [2] Suç ister Ramazanda gündüzün özürsüz olarak oruç yemek, namazı terketmek (bu cumhurun görüşüne

1- Masiyetler (günahlar) üç türlüdür: Birincisi hakkında had cezası olup kefareti bulunmayan hırsızlık, şarap içme, zina, kazf gibi günahlardır. Bunlarda had, tazir cezasına ihtiyaç bırakmaz. İkincisi, hakkında kefaret bulunup had cezası verilmeyen masiyetlerdir. Şafiî ve Hanbelîlere göre Ramazanda gündüz vaktinde veya ihramda iken cinsî ilişkide bulunmak, böyledir. Üçüncü tür ise had cezası hakkında da, kefaret de bulunmayan günahlardır. Yabancı bir kadını öpmek, onunla başbaşa yalnız kalmak, peştemalsiz hamama girmek, ölü ve domuz eti veya kan yemek-içmek gibi şeyler bu türdendir. İşte bunlarda tazir cezası verilir. Cumhurun görüşüne göre İslâm devlet başkanının tazir cezasını terketmesi caiz değildir. İmam Şafiîye göre ise bunu uygulamak veya terketmek yahut da ölçüsünü belirlemek müslümanların imamı ya da onun naibine aittir. *A'lâmu'l-Muvakkıîn*, II, 99.

2- Hanbelîler, Ramazanda gündüzün sarhoş edici bir şey içmekten ötürü had cezası yanısıra yirmi sopa da tazir cezası verileceğini söylemişlerdir. *Gâyetü'l-Müntehâ*, III, 333.

göredir), faiz yemek, insanların geçtiği yollara necaset ve benzeri engeller atmak gibi Allah teâlâ'nın hakkı hususunda işlenmiş olsun, isterse yabancı bir kadın ile ferc (cinsî organ) dışında temasta bulunmak, nisap miktarından az olan bir malı veya hırz (muhafaza edildiği yer) haricinde bulunan bir malı çalmak, emanete hıyanet etmek, rüşvet yemek, zina dışında sövme, dövme ve her çeşit zarar ve eza verici şekilde (meselâ: "Ey fasık, ey pis adam, ey hırsız, ey fâcir, ey kâfir, ey faiz yiyen, ey sarhoş" ve benzeri) sözlerle iftira atma gibi kulların hakkı ile ilgili olsun durum aynıdır. Hz. Ali (r.a) Efendimize bir kimsenin diğerine 'Ey fasık, ey pis adam' demesinin hükmünün ne olduğu sorulunca: *"Bunlar fuhuş sözlerdir, tazir cezasını gerektirir, ama had icap etmez."* buyurmuştur.

Tazir cezasını gerektiren sebepler arasında hakkında kısas bulunmayan cinayetler, zevce ile arkadan veya hayızlı iken cinsî münasebette bulunmak yağma, gasp ve malî yolsuzluk da vardır.

Bir kişi diğer bir şahsa: "Ey köpek! ey domuz! ey eşek! ey öküz!" dese Hanefî mezhebinin usulüne göre tazir olunmaz. Çünkü ona zihnen tasavvur edilemeyecek bir iftira atmıştır. Yalancılığının utancı kendisine aittir. Ama bazı Hanefî alimleri örfe göre bunları söyleyen kimseye tazir cezası verilir, demişlerdir. Zamanımızda uygun olan görüş de, eğer kendisine bunlar söylenen böyle sözlerden eza duyacak mevkide bir kişi ise, budur. Hakarete uğrayanın talebi üzerine hakim söyleyen şahsa tazir cezası verir. Şafiîlerin şu görüşleri de bu yöndeki fetvayı desteklemektedir: [1] Bir kişinin diğerine: "Ey fasık! ey kâfir! ey facir! ey eşkıya! ey köpek! ey eşek! ey teke! ey Rafizî! ey kızılbaş! ey pis adam! ey yalancı! ey hain herif! ey kavat! ey deyyus adam!" gibi sözler söylemesi tazir cezasını gerektirir. [2]

Tazir cezasını devlet yetkilisi veya onun naibi olan kimse uygular. Tazir cezası ya dövme ile ya hapsederek, ya da tevbih, azarlama, korkutma gibi yetkili memurun uygun göreceği şekillerden biri ile olur. İnsanların değişik hallerine göre hangisi suçluyu caydırıcı olursa o şekil tercih edilir.

Hapis cezası ne zaman meşru olur?

Fakihlerden bir grup hapis cezası vermenin meşru olduğunu belirtmişlerdir. Çünkü Hz. Peygamber (a.s.) bir adamı bir töhmetten dolayı hapsetmiş, sonra da salıvermiştir. [3] Bir hadisinde de: *"Zenginin (borcunu ödemeyi) savsaklaması, şikayet edilmesini ve cezalandırılmasını (hapsedilmesini) helâl kılar."* buyurmuştur. [4] Hz. Ömer (r.a)'in bir hapishanesi vardı. Hz. Osman (r.a) ve Hz. Ali (r.a)

1- *el-Bahru'r-Râik*, VIII, 240.

2- Tekmiletü'l-Mecmû', XVIII, 361.

3- İmam Ahmed, Ebu Dâvud, Tirmizî ve Neseî Behz b. Hakim'den rivayet elmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr*, VII, 150.

4- İmam Ahmed, Ebu Dâvud, Neseî ve İbni Mâce, Amr b. es-Şerid'den rivayet etmişlerdir. Ödemeye gücü bulunduğu halde ödemeyen borçluyu sıkıştırmak ve tedip etmek için ödeyene dek hapsetme-

de aynı şekilde yapmıştır. Hanefîler hapsetmenin meşru olduğuna: *"Yahut da bulundukları yerden sürülmeleridir."* (Maide, 33) ayetini delil göstermekte, sürülmekten maksadın hapsetmek olduğunu belirtmektedirler. [1]

Malikîlerden el-Karâfî'nin de beyan ettiği gibi hapis cezası sekiz yerde meşru sayılır: [2]

1- Kısas yerini muhafaza etmek için cinayete uğramış kişinin kaybolması durumunda cani (suçlu) hapsedilir.

2- Kaçan köle, maliyetini korumak maksadıyla bir sene hapsolunur. Böylece belki sahibi ortaya çıkar.

3- Hakkı ödemekten kaçınan kişi ödemeye mecbur bırakılmak için hapsedilir.

4- Durumunun tam olarak anlaşılması için varlıklı mı yoksa eli dar mı olduğu bilinemeyen şahıs da hapsedilebilir. Araştırma sonucuna göre zengin ya da darda olduğu hükmü verilir.

5- Allah teâlâ'ya isyan edip günaha girmekten alıkoymak için caniye hapis cezası verilebilir.

6- Vekâlet söz konusu olmayan farz türünden tasarrufu yapmaktan kaçınan kişi de hapsedilir. İki kızkardeş veya on kadın yahut bir kadın onun kızı ile evli olup da müslüman olduktan sonra bunlardan birini nikâhında kalması için belirlemekten kaçınan kişinin durumu böyledir.

7- Aynî olan veya zimmetinde bulunan meçhul bir şeyi ikrar edip de bunu belirlemekten kaçınan kimse onları belirleyinceye kadar hapsedilir. Yani: "İkrar ettiğim aynî mal şu elbise veya şu binek hayvanı ya da zimmetimde bulunan şu kadar dinardır" diye açıkça tayin eder.

8- Niyabet, vekâlet geçerli olmayan Allah teâlâ'nın hakkını, meselâ Şafiîlere göre oruçta olduğu gibi, yerine getirmeyen de hapsolunur. Malikîlere göre ise namaz kılmayan gibi orucu kasten terkeden de öldürülür.

el-Karafi diyor ki: Bu sekiz yer dışında hapis cezası verilmesi caiz değildir. Hakimin tam olarak tahsil edebileceği bir hak sebebiyle de hapis cezası vermek caiz olmaz. Borçlu olan şahıs, malı bulunduğu halde borcunu ödemeye yanaşmazsa, borç miktarı kadarını malından alırız, onu hapsetmemiz ise caiz değildir. Aynı şekilde malı, evi, borcunu ödemek için satılabilecek rehin ve ona benzer bir

nin caiz olduğuna bu hadis delil olarak gösterilir; ödeme gücü yoksa tabii hapsedilemez. *Neylü'l-Evtâr*, V, 240.

1- *Tebyînü'l-Hakâik*, III, 207; *Ahkâmu'l-Kur'an* (el-Cessâs), II, 412; *el-Muğnî*, IX, 328.

2- *el-Furûk*, IV, 79; *el-İ'tisâm*, II, 120; *et-Turûku'l-Hukmiyye* (İbnu'l-Kayyim), 101 vd.

mülkünü ele geçirdiğimizde de öyle yaparız, adamı hapsetme yoluna gitmeyiz. Çünkü hapsetme durumunda zulmünü devam ettirmesi söz konusudur.

2. Siyaseten Öldürme Suretiyle Tazir Cezası Verme

Hanefî ve Malikîler [1] tekrar suç işleme veya suçu alışkanlık haline getirme, arkadan cinsî tecavüzde bulunma (livâta), ağır bir madde ile vurarak öldürme gibi durumlarda tazir cezasının öldürme şeklinde olmasını caiz görmüşlerdir. Buna siyaseten öldürme ismi verirler. Yani hakim maslahatı bunda görür ve suçun cinsi de öldürmeyi icap ettirirse siyaseten öldürme cezası verilir.

Buna göre Hanefî fakihlerin çoğu Resul-i Ekrem (a.s) Efendimize devamlı dil uzatan, sövüp sayan zimmî kişinin, yakalandıktan sonra müslüman dahi olsa siyaseten öldürüleceğine fetva vermişlerdir. Kadı Iyaz'ın *eş-Şifâ*'da dediği gibi Hz. Peygamber (a.s)'e dil uzatan, söven müslümanın öldürülmesinin vacip olduğu üzerinde alimlerin icması vardır. Çünkü Allah teâlâ: *"Gerçekten Allah ve Resulüne eza verenler (yok mu?) Allah onları dünyada da ahirette de rahmetinden koğmuş, onlara horlayıcı bir azap da hazırlamıştır."* (Ahzab, 57) buyurmaktadır.

Yine alimler imam (devlet başkanı) veya naibinin, tekrar tekrar hırsızlık suçu işleyeni, şehir içinde insan boğma işlerine karışanı, yeryüzünde fesat çıkarmaya çalıştıkları için öldürtme hakkı bulunduğunu söylemişlerdir. Aynı şekilde şerrinden ancak öldürülmesi suretiyle kurtulmak mümkün olan kimse de siyaseten öldürülür. Alimlerin çoğuna göre sihirbazlık yapan, zındıklığını yaymak için çalışan zındık kişi de yakalandığı takdirde, tövbe etse dahi, öldürülür. Tirmizî, Cündüb'den hem *merfu*, hem de *mevkuf* senetle: *"Sihirbazın had cezası kılıçla (boynunun) vurulmasıdır."* hadisini rivayet etmektedir.

Malikî ve Hanbelîler ile daha başka alimler [2] müslümanların aleyhine düşman namına casusluk yapan müslüman bir şahsın öldürülmesinin caiz olduğunu söylemişlerdir. İmam Ebu Hanife ile İmam Şafiî ise bu öldürmeyi caiz görmezler. Şafiî, Hanbelî ve daha başka mezheplerden bir grup alim, Kur'an'a ve sünnete aykırı bidatlere çağıran, propaganda yapan kişilerin öldürülmesinin caiz olduğunu belirtmiştir.

Kâfir olan harbî bir casusun öldürülmesi üzerinde bütün fakihler ittifak etmiştir.

Zimmî ve muâhed (kendisine eman (vize) verilmiş) casuslar hakkında ise İmam Malik ve İmam Evzâî, bu sebeple onlara verilmiş ahid ve vizenin bozulmuş olacağını söylemişlerdir. Şafiîler ise bu hususta değişik görüşler beyan etmiştir. Ancak sünnette, casus eğer zımmî yahut müstemen (kendisine eman verilmiş) ise

1- *Reddü'l-Muhtâr*, III, 196; *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 355.

2- *es-Siyâsetu'ş-Şer'iyye*, 114; *el-Hisbe fi'l-İslâm*, 48; *Gâyetü'l-Müntehâ*, III, 334; *el-Mühezzeb*, II 242.

öldürülmesinin caiz olduğuna delâlet eden rivayetler bulunmaktadır. Seleme b. Ekva' diyor ki: *"Bir seferde Resulullah (a.s)'in yanına bir casus geldi. Adam ashabın arasında bir süre oturdu, konuştu. Sonra da sıvıştı gitti. Bunun üzerine Hz. Peygamber: "Peşinden gidin ve onu öldürün" diye emretti. Ben herkesten önce adama yetiştim ve onu öldürdüm. Resulullah (a.s.) casusun silâh ve eşyalarını ganimet olarak bana verdi."* (1)

Yeryüzünde çıkardığı fesat ve fitne ancak öldürülmesi suretiyle önlenebilecek kimse de, müslümanlar arasında ayrılık çıkaran,dinde olmayan bidat ve fitnelere çağırıp propagandasını yapan kişiler gibi öldürülür. Allah teâlâ: *"Bundan dolayıdır ki İsrailoğullarına şu hakikati hükmettik. Kim bir canı, bir can karşılığında veya yeryüzünde bir fesat çıkarmaktan dolayı olmayarak öldürürse bütün insanları öldürmüş gibi olur."* (Maide, 32) buyurmaktadır. Sahih bir hadisinde Resulullah (a.s.) şöyle buyurmuştur: *"İki halifeye biat edilince sonrakini öldürün."* Müslim'in *Sahih*'inde Arfece el-Eşcaî'den rivayet ettiği hadis şöyledir: *"Siz tek bir adam etrafında birlik halinde bulunuyorken gelip muhalefet etmek ve cemaatinizi parçalamak isteyeni öldürünüz."* Resul-i Ekrem (a.s.) kendisi adına kasten yalan söyleyen bir adamın öldürülmesi emrini de vermiştir. İmam Ahmed'in *Müsned*'de rivayet ettiğine göre, dördüncü defada da şarap içmekten vazgeçmeyen kimseler hakkında kendisine soran Deylem el-Hımyerî'ye Hz. Peygamber (a.s.): *"Eğer içmeyi bırakmazlarsa onları öldürünüz."* buyurmuştur.

Kısaca, suç işlemeyi âdet haline getirmiş, şarap içmeye müptelâ olmuş, fitne çıkarmak için propaganda yapan, İslâm devletinin güvenliği aleyhinde çalışan ve benzeri faaliyetlerde bulunan kimselerin siyaseten öldürülmeleri caizdir.

3. Malî Tazir Cezası Verme

Mezhep imamlarınca racih görüşe göre suçluların malını almak suretiyle tazir cezası vermek caiz değildir. (2) Çünkü bu suretle zalimlerin insanlara musallat olup mallarını ellerinden almaya kalkışma tehlikesi ortaya çıkar. Ancak İbni Teymiye ve talebesi İbnül-Kayyım, Malikî mezhebinin meşhur görüşüne, Hanbelîlere ve Şafiîlerdeki bir görüşe göre belli konularda mali ceza verilerek tazir uygulamanın caiz olduğunu belirtmişlerdir. Sünnette buna dair örnekler de vardır. Meselâ Hz. Peygamber (a.s.), Allah teâlâ'nın haklarından bir hak olarak zekât vermeyen bir adamın yarı malının alınmasını kesilmeyecek miktardaki meyve ve hurmaların kırılmasını emretmiştir. Hz. Ömer ve Hz. Ali şarap satılan yerleri yaktırmışlardır. Buna benzer pek çok örnek bulunmaktadır. Malî cezaların hükmünün mutlak olarak kaldırıldığını söyleyen mezhep imamlarının görüşlerini nakletme ve onları de-

1- İmam Ahmed, Buharî ve Ebu Dâvud, Seleme'den rivayet etmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr*, VII,7.

2- *el-Bedâyi'*, VII, 63; *Fethu'l-Kadîr*, IV, 212; *Tebyînü'l-Hakâik*, III, 207; *Hâşiyetü İbni Abidin*, III 195 vd.; *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 191; *el-Mühezzeb*, 288; *Hâşiyetü'd-Desukî*, IV, 354; *el-Muğni* VIII, 324; *A'lâmu'l-Muvakkıîn*, II, 99; *el-İ'tisâm*, (eş-Şâtıbî), II, 123 vd.

lil gösterme bakımından yanılmaktadır. [1]

Mal olarak tazir cezası vermenin manası:

İmam Ebu Yusuf'tan rivayet edildiğine göre, sultanın mal almak suretiyle tazir cezası vermesi caizdir. Bu şekli caiz görenlerce fetvanın manası şudur: İşlediği suçtan vazgeçmesini sağlamak için suçlunun bir kısım malına bir süre el konur. Bu mal sonra tekrar geri sahibine verilir. Bazı zalimlerin zannettiği gibi hakim veya beytülmal tarafından kesin olarak alınamaz. Çünkü meşru bir sebep olmadan başkasına ait hiç bir malı hiç bir müslümanın alması caiz değildir.

İbni Abidin şöyle diyor: Kanaatimce hakim, caninin (suçlunun) malını alıp yanında alıkoyabilir ve bekletir. Eğer pişman olup tövbe etmesinden tamamen ümit keserse müslümanların uygun gördüğü bir işine harcar.

Sultanın malları müsadere etmesi, el koyması ise caiz değildir. Bu ancak beytülmalin memurları için, malları beytülmale vermek üzere caiz olur. [2] Hz. Ömer yanında kendine yetecek miktardan fazlasını bulduğu bir dilencinin yiyeceğine beytülmal namına el koymuştur. Meşru olmayan yoldan kazanılan mallara da el konulur.

İbni Teymiye'ye göre malî cezaların kısımları:

İbni Teymiye'ye göre malî cezalar üçe ayrılır: İtlâf etmek, değiştirmek ve temlik etmek. [3]

1- İtlâf etmek (yok etmek): İslâma aykırı olan şeylerin kendisini ve ona tabi olan vasıflarını yok etmek demektir. Meselâ fakihlerin çoğuna göre ve heykellerin itlâf edilmesi kırılarak ve yakılarak, çalgı aletlerinin itlâfı parçalanarak olur. İmam Ahmed'in mezhebinde meşhur görüşe ve Malikîler ile diğer mezheplere göre şarap ve diğer içki konan kaplar kırılır, delinir; içerisinde şarap ve benzeri sarhoş edici içecek satılan dükkânlar yakılır. Nitekim Hz. Ömer Efendimiz şarap satılan bir dükkanı yaktırmış; Hz. Ali Efendimiz de şarap satılan bir köyü yaktırmıştır. Çünkü içki satılan yer içkinin kabu gibidir. Hz. Ömer'in suyla karıştırılarak satışa sunulmuş sütü döktürmesi de bu kabildendir. Bazı fakihler böyle işlerde bu yönde fetva vermişlerdir. Kötü dokunmuş kumaşlarda olduğu gibi hileli mamüllerin itlâf edilmesinde de hüküm aynıdır.

2-Değiştirme (tağyir): Malî ceza bazen bir şeyi değiştirmekle sınırlı kalabilir. Meselâ Hz. Peygamber (a.s) o dönemde müslümanlar arasında geçerli dirhem, dinar gibi para birimlerinin kırılmasını yasaklamıştır. [4] Ancak sakıncalı bir durum

1- *el-Hisbe fi'l-İslâm,* 49 vd.; *A'lâmu'l-Muvakkıîn,* II, 98; *et-Turûku'l-Hukmiyye* (İbnu'l-Kayyim) 266; *et-Ta'zir fi'ş-Şeriati'l-İslâmiyye*, 32 vd.

2- *Hâşiyetü İbni Abidin,* III, 195 vd.

3- *el-Hisbe fi'l-İslâm,* 52 vd.

4- Ebu Dâvud, Abdullah b. Ömer'den rivayet etmiştir.

bulunursa o zaman kırılmasında bir beis yoktur.

Peygamberimiz (a.s.) evindeki resim ile üzerinde resimler bulunan perdeyi değiştirmiş, resmin başının koparılmasını, perdenin birkaç parçaya ayrılmasını emretmiştir. Resimde sadece ağaç şekilleri kalmış, perdeden de üzerine basılan yastıklara yüz yapılmıştır.

İşte çalgı aletlerinin kırılması, canlı resimlerinin değiştirilmesi gibi bütün haram eserleri ve aynî eşyayı değiştirmek veya yok etmek lâzım geldiği hususunda âlimler ittifak etmişlerdir.

Fakat bu tür şeylerin bulunduğu yerin itlâf edilmesi konusunda âlimlerin farklı görüşleri vardır. İbni Teymiye'ye göre doğrusu, o yerlerin de itlâf edilmesinin caiz olduğudur. Kitap, sünnet ve selefin icması buna delâlet etmektedir. Malikî, Hanbelî mezheplerinin zahiri ve diğer imamların görüşleri bu şekildedir.

3- Temlîk etme (malik kılma) şekli: Buna örnek Ebu Dâvud ve diğer *Sünen* sahiplerinden gelen şu rivayettir. Nebiy-yi Muhterem (a.s.) muhafaza edildiği yere konmadan önce dalda asılı meyveden çalana ceza olarak bir miktar sopa vurulmasını, çaldığının iki katının ödettirilmesini; kaldıkları ağıla girmeden dışardayken bir sürüden koyun ve benzeri hayvan çalan hırsıza ceza olarak bir miktar sopa atılmasını ve çaldığının iki katının ödettirilmesini emretmiştir. Hz. Ömer de yitik hayvanı gizleyene iki kat ceza verilmesi yolunda hükmetmiştir.

İmam Ahmed ve diğer bazı âlimler bu şekilde hüküm vermişlerdir.

Hz. Ömer ve diğer bazı halifeler, aç köleler tarafından devesi çalınan bir bedevî Arabın davasında, kölelerin efendisine iki kat ceza vermiş, ama el kesme cezasını ondan iskat etmiştir.

Hz. Osman kasten bir zimmîye öldüren müslümana da iki kat diyet cezası vermiş, tam bir diyet ödemesini emretmiştir. Çünkü zimmînin diyeti müslüman bir kişininkinin yarı miktarıdır. İmam Ahmed de bu görüşü kabul etmiştir.

Malikîler, suçlunun suçu malın kendisi veya bedeli ile ilgili olduğu takdirde cezanın o maldan verilmesini caiz görmüşlerdir. [1] Buna göre karışık ve hileli zağferan fakirlere tasadduk edilir. Bir müslüman bir hristiyandan şarap satın alsa, şarap itlâf edilir; henüz sattığının karşılığını almamış olduğu takdirde hıristiyanı tedip için de şarabın bedeli tasadduk edilir.

Miktarı tespit edilmiş olma veya olmama bakımından malî cezanın iki türü:

Malın ödettirilmesi yahut malî cezalar İbnu'l-Kayyım'ın da açıkladığı gibi, miktarı tesbit edilmiş olan ve olmayan cezalar diye ikiye ayrılır. [2]

1- *el-İ'tisâm* (eş-Şâtıbî), II, 124.
2- *A'lâmu'l-Muvakkıîn*, II, 98.

Miktarı tespit edilmiş (mazbut) cezaları ya ihramlı iken avlanmak gibi Allah teâlâ'ya ait bir hak yüzünden ya da bir kişinin malını itlâf etmek gibi insana ait bir hak dolayısıyla telef olunan şeyin karşılığı sayılan cezalardır. Çünkü Allah teâlâ avın tazmin ettirilmesinin cezayı da içinde bulundurduğunma: *"Ta ki bu suretle o (avı öldüren), ettiğinin vebalini tatmış olsun."* (Maide, 95) buyurarak dikkat çekmektedir. Caninin maksadının tersi ile karşılık görerek isteğinden mahrum kalması da bu tür cezalardandır. Miras bırakanı öldüren katil mirastan mahrum bırakılarak, kendisi lehine vasiyette bulunulan kişi hakkındaki vasiyet iptal edilerek, haksız yere kocasının kendinden istifadesine engel olan kadının (nâşize) nafaka ve elbise alma hakkının düşürülerek cezalandırılması gibi.

Miktarı tespit edilmiş olmayan (gayr-ı mazbut) cezalar ise imamın (devlet başkanının) veya naibinin içtihadına kalmıştır. Maslahata göre takdirini kullanır. Şeriatte bu çeşit cezalar hakkında hadlerdeki gibi umumi bir emir ve belirli bir ölçü gelmemiştir. Bunların hükmünün sabit mi kaldırılmış mı olduğu hususunda fakihler ihtilâf etmiştir. Doğrusu, bu tür cezaların maslahatlara göre değişiklik gösterdiğidir. Çeşitli zaman ve yerde maslahata göre imamın içtihadı değişebilir. Çünkü o konuda cezanın kaldırıldığını gösteren bir delil bulunmamaktadır. Hulefâ-yı raşidin ve onlardan sonra gelen bir çok imam bu şekilde hareket etmişlerdir.

4. Tazir Cezası İçin İcap Eden Şartlar

Bir suç sebebiyle tazir cezası gerekmesi için sadece akıl şartı aranır. Şeriatte tazir cezası için belli bir sınır yoktur. Erkek, dişi müslüman, kâfir, bülûğa ermiş olsun veya olmasın akıllı olan herkese tazir cezası uygulanabilir. Çünkü bu kimseler cezalandırılma ehliyeti taşımaktadırlar. Akıllı olan çocuğa da ceza olarak değil tedip için tazir yapılır. (1)

Taziri icap ettiren ölçüye dince münker kabul edilen bir suçu işleyen yahut haksız yere söz, fiil veya işaretle başkasına eza veren herkes dahil olur. Tecavüze uğrayanın müslüman ya da kâfir olması hükmü değiştirmez. (2)

5. Tazirin Miktarı

Hakimler tazir cezası verirken hem suçların miktarlarını, hem de suçlunun mevki ve derecesini göz önüne alırlar. Tazir, azarlamak, sert yüz göstermek, hapsetmek, dövmek, ensesine tokat atmak veya ön taraf dışında cinsî ilişkide bulunma gibi bir durumda ölüm cezası vermek, memurluktan azletmek, meclisten kalkmasını bildirmek, "ey zalim! ey mütecaviz! saldırgan!" gibi şerefine dil uzatarak tekdir etmek şekillerinde olabilir. Yüzünü karaya boyayıp suçunu halka duyurmak ve döverek dolaştırmakta da bir beis yoktur. Asılması da caizdir. Suçlu yiyip içmekten, abdest almaktan menedilemez. Namazını da ima (işaret) ile kılar, sonra da

---

1- *el-Bedâyi'*, VII, 63.
2- *Reddü'l-Muhtâr*, III, 199, 203, 206; *Tekmiletü'l-Mecmû'*, XVIII, 357.

iade etmez.

Sakalı traş etmek, bir organı kesmek veya yaralamak suretiyle tazir cezası verilmez, bunlar haramdır. Hanbelîlere göre malı alınarak ya da itlâf edilerek de tazir yapılmaz. Kadınlarla erkekler arasında aracılık yapan kavatlara da son derece şiddetli bir tazir cezası verilir, rezilliklerinin insanlar arasında teşhir edilmesi gerekir.

Tazirde dayak cezasının en azı üçten başlar. Kişilerin durumuna göre üçten az da olabilir. Tazirde en az dayak cezasının belirli bir sınırı yoktur. En çok miktarı hakkında âlimlerin değişik görüşleri vardır: İmam Ebu Hanife, İmam Muhammed ile Şafiîlere ve Hanbelîlere göre, tazirde dayak miktarı şer'i had cezalarındaki miktara ulaşmaz, onlardan bir dayak eksik olur. Şafiîlere göre had cezalarının en azı hür kimseler için kırk sopadır. Bu şarap içme had cezasıdır. Diğer imamlara göre kırk sopa, kazf suçu işleme durumunda kölelere verilecek cezadır. Hz. Peygamber (a.s) Efendimiz: *"Şer'i had dışında bir cezayı gerektirecek derecede suç işleyen, mütecaviz kimselerden olur."* buyurmuştur. [1] Çünkü ceza suç ve günah miktarınca takdir edilir. Şüphesiz hakkında şer'î nas bulunan suç ve günahlar, diğerlerinden daha büyüktür. O bakımdan daha hafif suçtan dolayı verilen ceza, daha büyük suçun cezası derecesine ulaşamaz.

İmam Ebu Yusuf'a göre ise tazirde dayak sayısı seksene vardıralamaz. Seksenden beş sopa eksik olur. İmam Ebu Yusuf biraz önce geçen hadisin hür kişiler hakkında olduğu, hürlerin muhatap alındığı, diğer kişilerin de onlara ilhak edildiği kanaatindedir. [2] Böylece Hz. Ali'nin seksenden beş değnek eksik ceza verileceği şeklindeki içtihadı ile fetva vermiş olmaktadır.

Malikîlere göre tazir cezasında dayak sayısı imamın içtihadına göre değişir. Hatta had cezasındaki en çok miktarı bile geçebilir. İmamın kanaatine göre had miktarı, daha az veya daha çok olan miktarlardan hangisi uygunsa o kadar tazir yapılır. Rivayete göre Maan b. Zâide beytülmalin mührüne benzer sahte bir mühür yaptırmış, onu kullanarak beytülmal yetkilisinden bir miktar mal çekmişti. Durumu öğrenince Hz. Ömer, Maan'a yüz değnek sopa vurdurdu, sonra hapse attı. Affedilmesi için bazı aracıların başvurması üzerine Hz. Ömer yüz sopa daha vurdurdu.

1- Beyhakî, Nu'man b. Beşir'den rivayet edip *mürsel* şeklinin ezberlenmiş olduğunu söylemiştir. İbni Naciyeh de *Fevaid*'inde rivayet etmiştir. Muhammed b. el-Hasen de *mürsel* olarak rivayet etmiştir. Taberanî: *"Kim had cezası olarak sopalarsa..."* lafzıyla nakletmiştir. Heysemî, senedinde Muhammed b. el-Hüseyin el-Kassâs ile Velid b. Osman'ın bulunduğunu belirterek bunları tanımadığını, geriye kalan ravilerin ise *sika* olduğunu söylemektedir. *Nasbu'r-Râye,* III, 354; *Mecmau'z-Zevâid,* VI, 281.

2- *el-Bedâyi',* V, 64; *Fethu'l-Kadîr,* IV, 214; *Tebyînü'l-Hakâik,* III, 209; *Hâşiyetü İbni Abidin,* III 190, 198 vd., 204 vd.; *Tekmiletü'l-Mecmû',* XVIII, 357; *el-Mühezzeb,* II, 288; *el-Muğnî,* VIII 324; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 333, 335; *es-Siyâsetu'ş-Şer'iyye,* 112; *et-Turuku'l-Hükmiyye,* 265; *Nihâyetü'l-Muhtâc,* VII, 175.

Affı için tekrar başvuru olunca Maan'ı yine sopalattı, sonra da sürgün etti. [1] Hz. Ömer'in Maan'ı dövdürmesi birkaç suçtan ötürü idi: Sahte mühür kullanmak, beytülmalin malını haksız yere almak, diğer insanlar için sahtekârlık kapısını açmak gibi. İmam Ali Efendimizden nakledilen, zina fiili dışında bir şekilde yabancı bir kadınla yakalanan adama doksan sekiz sopa vurdurması olayı da Malikîlerin görüşünü desteklemektedir.

6. Tazir Cezasının Sıfatı

Tazirin bir kaç sıfatı vardır. [2]

1- Malikîlere ve Hanbelîlere göre İmam (devlet başkanı veya naibi) tarafından gerekli görülen tazir, Allah teâlâ'ya ait vacip bir haktır.

Hakimin tazir cesasını uygulamayı terketmesi caiz değildir. Çünkü bu Allah teâlâ'nın hakkı dolayısıyla meşru olmuş, caydırıcılığa yönelik bir cezadır. Diğer hadlerde olduğu gibi uygulanması vaciptir.

Şafiîlere göre: Tazir cezası vacip değildir. İnsan hakkı ile ilgili olmayan tazirin uygulanmasını sultan (devlet başkanı) terkedebilir. Çünkü Nebiyy-i Ekrem (as.) Efendimiz: *"Had cezaları dışında, mürüvvet sahibi ve dürüst tanınan (şüpheli durumu bilinmeyen) kişilerin hatalarının hükmünü düşürünüz."* buyurmuştur. [3] Yine bir adam Hz. Peygamber (a.s.)'e gelerek: *"Ben bir kadınla yattım, ama cinsî ilişkide bulunmadım," dediğinde Resul-i Ekrem (a.s.) ona: "Bizimle beraber namaz kıldın mı? diye sormuş; adamın "Evet" demesi üzerine şu ayet-i kerimeyi okumuştur: "Çünkü güzel ameller (beş vakit namaz), kötülükleri (günahları) giderir."* (Hud, 114) [4] Bir adam da Resulullah (a.s.)'e ganimet dağıtılırken: *"Bu, Allah*

1- *Hâşiyetü'd-Desukî,* IV, 355; Maan hadisesini İbni Kudame *el-Muğnî*'de (VIII, 325) zikretmiştir.

2- *el-Muğnî,* VIII, 326; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 333; *el-Bedâyi',* VII, 64; *Hâşiyetü İbni Abidin* III,204 vd.; *Muğni'l-Muhtâc,* IV, 193; *Kavâidü'l-Ahkâm,* I, 158; *el-Mühezzeb,* II, 288.

3- İmam Ahmed, Ebu Dâvud, Neseî, İbni Adiyy ve Ukayli, Hz. Aişe'den rivayet etmişler, Ukayli: "Hadisin pek sabit olmayan başka yolları da vardır" demiştir. İbni Tâhir hadisi Enes'ten nakledip, isnadının *batıl* olduğunu söylemiştir. İmam Şafiî ile sahih olduğunu söyleyen İbni Hibbân, İbni Adiyy ve Beyhakî de Hz. Aişe hadisi olarak: *"Mürüvvet sahibi (zevi'l-hey'at) olanlardan hatalarının hükmünü düşürünüz."* lafzıyla rivayet etmişlerdir. İmam Şafiî der ki: "Bu hadisi bilen ilim ehlinin: *"Mürüvvet sahibi (zi'l-Hey'et) adam, had cezası derecesine varmadığı müddetçe hatasının hükmünden uzak tutulur (yani o yüzden cezalandırılmaz.)"* dediğini işitmişimdir. İmam Şafiî hadiste geçen "mürüvvet sahipleri=zevi'l-hey'ât deyimini de: "Kötülük yaptıkları bilinmeyen kimseler," diye açıklamıştır. Taberanî, hadisi *el-Evsat*'ta ravileri *sika* olan bir sened ile: *"Kerim (iyilik sever ve çok hayır yapan) kişilerin sürçmelerini ikâle ediniz."* lafzıyla rivayet etmiştir. Hadis mana itibarıyla da İbni Mes'ud, Zeyd b. Sabit ve İbni Abbas'tan nakledilmiştir. *et-Telhisu'l-Habir,* 361; *Câmiu'l-Usûl,* IV, 344; *Mecmau'z-Zevâid,*VI, 282; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 135.

4- Buharî ve Müslim, Enes b. Malik'ten rivayet etmiştir. İmam Ahmed ve Müslim, Ebu Ümame'den benzer bir rivayet nakletmişlerdir. Aynı konuda Müslim, Tirmizî, Ebu Dâvud ve Neseî, İbni Mes'ud'dan da rivayette bulunmuşlardır. *Neylü'l-Evtâr,* VII, 100; *A'lâmu'l-Muvakkıîn,* II, 78.

teâlâ'nın rızası gözetilmeden yapılan bir taksimattır." (1) demiş, fakat Peygamberimiz ona tazir cezası vermemiştir. Eğer taziri terketmek caiz olmasaydı Resulullah (a.s) o sözü söyleyen adama tazir cezası verirdi. Abdullah b. Zubeyr'in rivayet ettiği şu olay da bunu desteklemektedir: *"Bir adam Resulullah (a.s.)'in huzurunda hurmalıkları sulamada kullandıkları su yolu yüzünden davalaştı. Allah'ın Resulü (a.s.), Zübeyr'e dedi ki: "Sen toprağını sula, sonra da suyu komşuna bırak." Ensardan olan o zat: "Ey Allah'ın Resulü! Halanın oğlu olduğu için mi...?! dedi. Bunun üzerine Resulullah (a.s.)'ın yüzünün rengi attı ve şöyle buyurdu: "Ey Zübeyr! Toprağına suyu ver ve suyu bahçenin duvarlarına çıkasıya kadar koyverme." Hz. Zübeyr (r.a) der ki: "Allah'a yemin olsun ki ben: "Öyle değil; Rabbine andolsun ki onlar aralarında (kavga ettikleri) şeylerde seni hakem yapıp sonra da verdiğin hükümden yürekleri hiç bir sıkıntı duymadan tam bir teslimiyet ile teslim olmadıkça iman etmiş olmazlar." ayetinin o hususta indiğini sanıyorum."*(2) Şayet tazir cezasını terketmek caiz olmasaydı Allah'ın Resulü (a.s.) o adama söylediklerinden dolayı tazir uygulardı. (3) Kısacası dinî haramları çiğnemek kabilinden Allah teâlâ'ya ait bir hak olduğu zaman tazirin uygulanması vacip değildir. Ama kula ait bir hak ise ve o hakkın sahibi de affetmemişse cezanın infazı icap eder.

Hanefîlere göre: Tazir, bir insana ait şahsî bir hak ise vaciptir, affedilemez. Çünkü kul haklarını hakimin düşürme yetkisi yoktur. Eğer tazir, Allah teâlâ'ya ait bir hak olursa mesele imamın görüşüne kalmıştır. Tazirde maslahat görürse uygular; maslahat görmez veya suçlunun ceza yemeden de suçtan vazgeçeceğini bilirse taziri terkeder. Yani imamın af yetkisi vardır. Kemaleddin İbnu'l-Hümam'ın bu hustaki ifadesi şöyledir: "Allah teâlâ'nın hakkı olarak icap eden tazir cezasını uygulamak imam (devlet başkanı veya naibi) üzerine vaciptir, terketmesi helâl değildir. Fakat failin daha önceden günahtan el çekeceğinin anlaşılması durumu bundan hariçtir." (4)

Tazirin kul hakkı olma durumunda Şafiîlere göre af, sulh ve ibra etme ihtimalleri mevcuttur. Kısas ve benzeri kul haklarındaki gibi tazir hakkı mirasçılara da geçer. Kul haklarında tedahül (aynı cinsten bir kaç suça tek ceza verilmesinin kâfi gelmesi) ihtimali bulunmadığıdan tazir cezasında da tedahül bulunmaz.

Tazirde kefalet almak da mümkündür. Çünkü kefalet, işi sağlama almak için yapılır. Tazir de kul hakkı olduğuna göre işi sağlama alma bakımından kefalet ona

1- Olay Mekke'nin fethinde zayıf bir iman ile müslüman olan bazı Kureyşlileri İslâma ısındırmak için Resul-i Ekrem (a.s.)'in onlara biraz mal vermesi üzerine meydana gelmişti. Bunun üzerine Amr b. Avf oğullarından ve münafıklardan olan Mu'teb b. Kuşeyr adındaki adam: *"Vallahi bu taksimatta adalet yapılmadı ve Allah'ın rızası istenmedi (gözetilmedi)."* demişti. Rivayeti İmam Ahmed, Buharî ve Müslim, İbni Mes'ud'dan nakletmişlerdir. *Neylü'l-Evtâr,* VII, 290 vd.

2- Hadiste geçen *Şirâcü'l-Harra* suyun taşlar arasından vadiye aktığı yere denir.

3- Müttefekun aleyhtir.

4- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 212-213; *Hâşiyetü İbni Abidin,* III, 205.

uygun düşer. İmam Ebu Hanife'nin dayandığı genel kaideye göre hadlerde kefil alınamaz.

2- Tazir cezası, dövmenin en şiddetli şeklidir. Sayı yönünden hafif tutulabilir, ama suçtan vazgeçirme, caydırma maksadının hepten kaybolmaması için nitelik bakımından hafifletilemez. Yukarıda geçtiği gibi şiddet derecesine göre tazir dayağından sonra zina haddi, sonra şarap içme haddi, sonra da kazf haddi dayağı gelir.(1)

7. Tazir Suçunu İspat Etme Yolları

Hanefîlere göre diğer kul haklarında olduğu gibi tazir suçu da ikrar, beyyine (delil, şahit), yemin etmekten kaçınma ve hakimin bilmesi ile ispat edilir. Tazirde erkeklerle beraber kadınların şehadeti, başka bir şahitliğe dayanarak yapılan şahitlik, hakimin öbür hakime gönderdiği mektup da delil olarak kabul edilir. İleride kaza (yargı) konusunda da açıklayacağımız üzere zamanımızda fetvaya esas olacak görüş, çeşitli olaylarda hakimin şahsi bilgi ve kanaatine dayanarak hüküm vermesinin kati şekilde caiz olmadığıdır. Zamanımızdaki hakimlerin genelde sağlam olmaması sebebiyle bu şekilde töhmet kapısı kapatılır.

İmam Ebu Hanife'den tazirin ispatı hususunda kadınların şahitliğinin kabul edilmeyeceği şeklinde bir rivayet gelmesine rağmen el-Kâsâni sahih olanın ilk görüş olduğunu belirtmiştir. Çünkü bu, özellikle bir kul hakkıdır, diğer kul haklarındaki yollarla ispat edilebilir.(2)

8. Tazir Olunan veya Had Cezası Vurulan Kişinin Ölümü Durumunda Tazminat Gerekir mi?

Hanefî, Malikî ve Hanbelîlere göre imam, bir adama tazir vey ahd cezası uygulasa ve o adam bu yüzden ölse, kendisine herhangi bir tazminat gerekmez. Çünkü tazir, suçtan vazgeçirmek ve caydırmak için meşru kılınmış bir cezadır. Had cezasında olduğu gibi o yüzden helâk olan kişi tazmin olunmaz. İmam (devlet başkanı veya naibi), tazir ve had cezalarını uygulamakla mükelleftir; bu husustaki memuriyeti selâmet şartı ile kayıtlı değildir. (3)

İmam Şafiî'ye göre de kendisine had cezası uygulanan kişinin ölmesi durumunda imama her hangi bir tazminat gerekmez. Çünkü hak olan, imamın onu öldürmesidir. Bu hususta sopayla vurmakla bir organı kesmek, çok aşırı bir sıcak veya soğukta vurmak ile vurmamak aynıdır. Dayağın iyileşme ümidi bulunan hastalık sırasında veya dışında vurulmasında da hüküm böyledir. Ancak tazir cezası vurulan hamile bir kadının cenini öldüğü takdirde tazminat icap eder. Çünkü anne

1- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 216 vd.; *Tebyinü'l-Hâkaik,* III, 210; *Hâşiyetü İbni Abidin,* III, 199.
2- *el-Bedâyi',* VII, 65; *Hâşiyetü İbni Abidin,* III, 205.
3- *Fethu'l-Kadîr,* IV, 217; *Tebyinü'l-Hâkaik,* III, 211; *Mecmau'd-Damânât,* 201; *Hâşiyetü İbni Abidin,* III, 208; *Hâşiyetu'd-Desûkî,* IV, 355; *el-Muğnî,* VIII, 310 vd.

karnındaki cenin tazmin olunan bir varlıktır; başkasının işlediği suç sebebiyle tazminatı düşmez. Tazir cezası sonucu ölen kişiden dolayı tazminat gerekir. Rivayete göre Hz. Ali şöyle buyurmuştur: *"Kendisine had cezası uyguladığım ve o sebepten ölen hiç bir adam yoktur ki bir diyet lazım gelmediğinden dolayı içinde bir huzursuzluk duymuş olayım. Ancak şarap içen hariç. O öldüğü takdirde diyetini öderim. Çünkü onun haddi ile ilgili olarak Resulullah (a.s.) belirli sayıda bir ceza vermedi."* (1) Yani sünnette şarap içene belirli bir miktar değil çeşitli cezalar verilmiştir. Hepsiyle de amel caizdir. Meselâ Hz. Ali'nin kendisinin de rivayet ettiği gibi Hz. Peygamber (a.s.) bir keresinde şarap içmekten dolayı kırk değnek cezası vermiştir. (2) Bu sayıda ittifak vardır. Fakihlerin arasındaki ihtilâf kırk değnekten fazla olan miktarlar hakkındadır. O halde Hz. Ali hadisinden murat, o şahsın had miktarı cezadan dolayı ölmesi demek değildir. Çünkü yukarıda belirttiğimiz gibi Nebiyy-i Muhterem (a.s.) Efendimiz şarap içmekten ötürü had cezası vermiştir. Hz. Ali: *"İçki haddi vurdurduğum adam ölse diyetini öderdim."* derken, kırk sopadan fazla olan miktardan ötürü ölme durumunu kastetmektedir. Bu ise tazir cezası olmaktadır. Zira tazir, miktarı imama bırakılmış dövme cezası demektir. Tazir telefe yol açtığı takdirde ise, kocanın karısını dövme halinde olduğu gibi tazminat icap eder. Çünkü maksat helâk değil tediptir. Bu sebeple de tazirde selametle sonuçlanma şartı bulunmaktadır. Şayet helâk meydana gelmişse meşru sınırın aşıldığı anlaşılır. Meydana gelen helâk, genel olarak öldürücü nitelikteki bir dayak ile gerçekleşmişse, vuran kişi dövülenin baba veya dedesi gibi usulünden olmadığı takdirde kısas icap eder. Eğer dayak genelde öldürücü bir nitelik taşımazsa, ölenin âkılesine yani asabe derecesindeki akrabalarına, kasten öldürme olaylarında olduğu gibi diyet ödenir.

9. Tedip (Terbiye) Hakkı:

Baba oğlunu, koca karısını, öğretmen çocuğu tedip için dövse ve meşru şekildeki tedipten dolayı telef olsalar İmam Ebu Hanife ve İmam Şafiî'ye göre bu hallerde tazminat gerekir. Delilleri yukarıdaki açıklamada geçti. Zira bu mübah bir tedip-

1- Buharî, Müslim, Ahmed, Ebu Dâvud ve İbni Mace *tahric* etmiştir. Son ikisinin rivayetine göre Hz. Ali: *"Diyetini vermem"* ya da: *"Kendisine had cezası uyguladığım bir kişiye diyet verecek değilim. Ancak şarap içen kimse hariçtir. Çünkü Allah'ın Resulü (a.s.) onun hakkında bir şey sünnet kılmadı. O hususta biz ceza takdir ettik."* demiştir. *"Sünnet kılmadı"*nın manası, o hususta konuşarak veya bir lafızla bir ölçü ve vakit belirlemedi, demektir. Bu rivayet, şarap içme haddi hakkında Resulullah (a.s.) tarafından tespit edilmiş belirli bir had bulunmadığına delildir. O halde şarap içme haddi, tazir cezası türündendir. O ceza yüzünden ölen için imam tazminat öder. *Camiu'l-Usûl,* IV, 337; *Nasbu'r-Râye,* III, 352; *Sübülü's-Selâm,* IV, 38; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 143.

2- Hadiseyi Müslim, Husayn b. Münzir'den rivayet etmiştir: *"Bir adam Velid b. Ukbe'yi şarap kusarken gördüğüne şahitlik etti. Resulullah (a.s) de Velid'e dayak atılmasını emretti. Hz. Ali kırka kadar dayak atıldığını kendisi saymıştı. "Hz. Ali sonra dedi ki: "Resulullah (a.s.) ceza olarak kırk dayak vurdurdu. Ebu Bekir de kırk vurdurdu. Ömer ise seksen dayak vurdurdu. Hepsi de sünnettir. Bana göre bu (Hz. Ömer'in vurdurduğu sayı) daha uygundur." et-Telhisu'l-Habir,* 360; *Sübülü's-Selâm,* IV, 30; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 138.

tir; yoldan geçmede olduğu gibi selâmet şartı ile kayıtlıdır. İmam Malik, İmam Ahmed ve İmameyne göre ise bu hallerde tedip edene tazminat icap etmez. Çünkü tedip, suç veya günahtan caydırmak, mani olmak için meşru olan bir fiildir. Had cezalarında olduğu gibi o yüzden meydana gelen telef durumlarında da tazminat gerekmez. (1)

10. Tazîr Cezasının Uygulanması İmama Aittir

Tazir cezası uygulama hakkı, had cezalarında olduğu gibi, imama (devlet başkanı veya naibine) aittir. Edep ve ahlâk bakımından tazir cezası verme hakkına ise sadece baba, efendi ve koca sahiptir.

Babanın küçük yaştaki çocuğunu ilim öğrenmesi, güzel ahlâk sahibi olması, kötü ahlâktan kaçınması, namaz kılması için tedip ve tazir hakkı vardır. Namaz kılmadığı zaman onu hafifçe dövme hakkına da sahiptir. Küçüğün bakımı ve büyütümesi döneminde anne de baba gibidir. Babanın, sefih bile olsa bülûğ çağına ermiş çocuğunu tazir etme hakkı yoktur.

Efendi de kendisine veya Allah teâlâ'ya ait bir hak sebebiyle kölesine tazir yapabilir.

Kocanın da kendisinden istifade ettirmediğinde veya Allah teâlâ'nın namaz, Ramazan orucu gibi haklarından birini yerine getirmediği zaman düzelmesini sağlayacak bir yol ile karısına tazir yapma hakkı vardır. Çünkü bütün bunlar dince münker olan şeyleri engelleme kabilindendir. Koca ise iyiyi emretmek, münkeri (kötülüğü) yasaklamakla mükellef olan kişilerdendir. (2)

1- *el-Mühezzeb,* II, 271, 289; *Neylü'l-Evtâr,* VII, 140-145; *el-Mizan,* II, 172; *Muğni'l-Muhtâc,* IV 199 vd.; *el-Mebsût,* XVI, 13; *ed-Dürrü'l-Muhtâr,* V, 401; *Dürerü'l-Hukkâm,* II, 77; *el-Muğni,* VIII, 327; *Gâyetü'l-Müntehâ,* III, 285; *Rahmetü'l-Ümmet* (el-Mizan hamişinde), II, 160.

2- *Sübülü's-Selâm,* IV, 38; *el-Mühezzeb,* II, 275.

İÇİNDEKİLER

MÜLKİYET

MÜLKİYET ve ÖZELLİKLERİ

ARAZİYE DAİR HÜKÜMLER

ÖLÜ ARAZİLERİN İHYASI (İŞLETİLMESİ)

HİMA ve İKTA

HİMA

İKTA

İRTİFAK HAKLARI

ARAZİDEN ALINAN ÜRÜNLER HAKKINDA YAPILAN AKİDLER

MÜZÂRAA, MUĞARESE, MÜZÂRAA

MÜSAKAT VEYA MUAMELE

MÜĞARESE VE MÜNASABE

TAKSİM (PAYLAŞTIRMA)

AYNLARIN VEYA RAKABELERİN TAKSİMİ

MENFAATLERİN PAYLAŞTIRILMASI VEYA MUHAYEE

GASP VE İTLÂF(TELEF ETMEK)

SÂİL (SALDIRGAN)'IN DEF'EDİLMESİ -MEŞRU SAVUNMA-

LAKÎT (BULUNTU ÇOCUK) VE LUKATA (BULUNTU MAL)

MEFKUD (KAYBOLMUŞ KİMSE)

MÜSABAKA (YARIŞMA)

ŞUF'A

el-FIKHU'L-ÂM

ŞER'Î HADLER

ZİNA HADDİ

KAZF HADDİ

(ZİNA İFTİRASI CEZASI)

SİRKAT (HIRSIZLIK) HADDİ

HIRABE (YOL KESİCİLİK) HADDİ ve BÂĞÎLERİN HÜKMÜ

HIRABE

BÂĞÎLER (İSYANCILAR)

ŞARAP VE DİĞER SARHOŞ EDİCİLERLE İLGİLİ HAD CEZASI

İRTİDAT ETME HADDİ ve MÜRTEDLERE AİT HÜKÜMLER

TAZİR